



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD  
Programa de Pós-Graduação em Direito**

**NATÁLIA CISCOTTO FERREIRA**

**O NEPOTISMO, A MORALIDADE PÚBLICA E A JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL:  
um estudo acerca do sentido e do alcance normativo da Súmula  
Vinculante n. 13.**

**BRASÍLIA-DF  
2015**

**NATÁLIA CISCOTTO FERREIRA**

**O NEPOTISMO, A MORALIDADE PÚBLICA E A JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL:  
um estudo acerca do sentido e do alcance normativo da Súmula  
Vinculante n. 13**

Dissertação apresentada ao curso de  
Mestrado, área Direito e Políticas  
Públicas, do Centro Universitário de  
Brasília, como requisito final à  
concessão do título de Mestre em Direito  
e Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor Luís  
Carlos Martins Alves Júnior.

**BRASÍLIA-DF  
2015**

Ferreira, Natália Ciscotto.

O nepotismo, a moralidade pública e a jurisdição constitucional: um estudo acerca do sentido e do alcance normativo da Súmula Vinculante n. 13/Natália Ciscotto Ferreira. A Autora, 2015.

221f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília Programa de Mestrado em Direito e Política Pública. Orientador: Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Júnior.

1.Direito Constitucional. 2. Nepotismo. 3. Moralidade Administrativa. 4.Súmula Vinculante. Luís Carlos Martins Alves Júnior (Orientador).

CDU:

**NATÁLIA CISCOTTO FERREIRA**

**O NEPOTISMO, A MORALIDADE PÚBLICA E A JURISDIÇÃO  
CONSTITUCIONAL:  
um estudo acerca do sentido e do alcance normativo da Súmula  
Vinculante n. 13**

Dissertação apresentada ao curso de  
Mestrado, área Direito e Políticas  
Públicas, do Centro Universitário de  
Brasília, como requisito final à  
concessão do título de Mestre em Direito  
e Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor Luís  
Carlos Martins Alves Júnior.

BRASÍLIA, 20 DE MARÇO DE 2015.

Banca Examinadora:

---

Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Júnior

---

Professor Doutor Jefferson C. Carús Guedes

---

Professor Doutor João Batista Gomes Moreira

*Ao meu pai, meu gordinho,  
que um dia reencontrarei com o mesmo amor.*

## **AGRADECIMENTO**

A Deus, por governar minha vida.

À minha mãe, minha sempre e eterna amiga.

Ao meu segundo pai Saraiva Felipe, pelo amparo incondicional.

Ao amigo Silas Brasileiro pela confiança e credulidade.

Aos meus ex-chefes no Ministério da Agricultura, José Gerardo Fontelles e José Carlos Vaz, pelo apoio indispensável.

Ao meu ex-chefe e amigo, Gustavo Pereira da Silva Filho, pela continua paciência e compreensão, imprescindível ao alcance desta vitória.

À equipe da Coordenação-Geral de Procedimentos Disciplinares, especialmente, Affonsa de Oliveira, Cristiane Castro, Elisane Ribeiro, Ana Rocha, Vitor Rachid que esperaram e vibraram comigo em cada etapa.

Ao Dr. Daniel Amim pela orientação a iniciar esta caminhada.

Às funcionárias da secretaria do mestrado, especialmente à Marley, pela presteza e gentileza sempre dispensadas.

A todos os amigos, pela paciência e entendimento quanto à minha ausência em suas vidas nesta longa jornada.

Às colegas e amigas do mestrado, Raquel Mousinho e Bruna Mizuki, pelo apoio, cumplicidade e companheirismo, desde os primeiros dias deste árduo estudo, unidas pelo Professor Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.

Ao Professor Dr. Marcelo Varella, pela prestimosa e imprescindível compreensão a viabilizar a finalização deste trabalho.

Ao meu amigo-irmão, parceiro de trabalho, de jornada, de vida, Marcelo Araújo, cuja amizade, dedicação, disposição e presteza incondicionais, foram fundamentais para que fosse possível chegar aqui.

Enfim, minha sincera e terna gratidão ao meu orientador, Professor Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr., pela orientação firme, contundente, brilhante e precisa; pela compreensão, paciência e tolerância, que o tornou para mim, mais que o professor, o orientador, o mestre e o exemplo de profissional - o ser humano extraordinário, cuja conduta é exemplo a ser seguido e quem estará para sempre, preservado como amigo, no coração.

## RESUMO

A presente dissertação tem como objeto central a análise da construção da Súmula Vinculante n. 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 21.8.2008, a fim de obstar o nepotismo no âmbito das três esferas do Poder Público de todos os entes da Federação, tendo como referência legislativa o disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, ou seja, nos princípios basilares da Administração Pública, especialmente nos da moralidade, impessoalidade e eficiência. Diante disso e tendo em vista que o seu efeito vinculante atingiu a todos os Poderes de cada um dos Entes Federados do País, causando impacto na realidade jurídica e administrativa brasileira, faz-se relevante o estudo do tema, do qual se extraem pontos polêmicos que circundam tanto sua construção procedimental, quanto o seu conteúdo jurídico material. Daí a necessidade de se analisar se o texto da súmula expôs o que deveria expor - nos termos das normas constitucionais e legais, que regem o verbete vinculante em concordância com seus próprios precedentes e, ainda, quais foram as suas consequências. A partir disto, se verifica se o STF, ao realizar a construção judicial e reconstruir a normativa da vedação do nepotismo por meio da Súmula Vinculante n. 13, exorbitou a normatividade do próprio instituto, a partir da apreciação das argumentações expostas pelos Ministros do STF, tanto nos seus quatro precedentes, quanto nos dois debates que a antecederam e que constituem as balizas de sua edição, com vistas a esclarecer o seu sentido, na forma que foi ementada. Ainda, se observa a ligação da noção político-administrativa de nepotismo com a sua noção jurídica e a exposta pela SV n.13, bem como sua relação com a moralidade no âmbito constitucional, tendo em vista o sentido e alcance desta e, se enfoca a dinâmica de decidir dos Ministros do STF, sob a ótica da hermenêutica jurídica, analisando a maneira como eles decidem e a forma como deveriam decidir, especialmente quanto à interpretação dos princípios, de acordo com a norma constitucional e, enfim, se trata do procedimento de elaboração da Súmula Vinculante, a fim de se analisar como deve ser construído o seu processo editorial, qual o seu sentido e efetivo alcance.

**Palavras-Chaves:** 1. Direito Constitucional. 2. Nepotismo. 3. Moralidade Pública. 4. Súmula Vinculante. 5. Jurisdição Constitucional.

## **ABSTRACT**

The primary objective this work is the analysis about Precedent Instruction n.º 13, It edited by the Supreme Court (STF) on August 21th, 2008, in order to prevent nepotism on all levels of Government. Its legal reference is article 37 of the Constitution, in other words, it is based on more importants principles of the Public Administration: morality, impartiality and efficiency. For this reason and given that Precedent Instruction' effect reached all the 3 powers of each of the Federated States, impacting the Brazilian legal and administrative rules it's important the subject of the study, which are extracted controversial points surround both its procedural construction, as its legal content material. Hence the need to analyze if the text of the summary set out what should expose - under the constitutional and legal provisions which govern the binding Entry in accordance with its own precedents and also what were the consequences. From this, we can very appears that the Supreme Court, in making the judicial construction and reconstruct the rules of the bloc of nepotism by Precedent Instruction n. 13, went beyond the normativity of the Office itself, from an examination of the arguments exposed by the Ministers of the Supreme Court, both in their previous four, as the two debates that preceded it and which are the beacons of its issue, in order to clarify its meaning in the form that was written. Also note the connection of political and administrative notion of nepotism with his legal concept and the exposed by Precedent Instruction n.13, as well as its relationship with morality within the constitutional instruction in view of the meaning and scope of this and focuses the dynamics of decision of the Ministers of the Supreme Court, from the perspective of legal interpretation, analyzing the way they decide and how should decide, especially as to the interpretation of the principles, according to constitutional rule and, finally, it comes to the procedure elaboration of Precedent Instruction, in order to analyze how it should be built your editorial process, which its meaning and effective range.

Key Words: 1. Constitutional Law. 2. Nepotism. 3. Public Morality. 4. Summary Vinculante.5. Constitutional jurisdiction.



## SUMÁRIO

### **INTRODUÇÃO, p. 10**

### **1 A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DA NOÇÃO DE NEPOTISMO E DE SUA VEDAÇÃO PELA SÚMULA VINCULANTE N.13, p. 41**

#### **1.1 Os precedentes da SV n.13, p.41**

*1.1.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1521-4/RS, p.41*

*1.1.2 O Mandado de Segurança n. 23.780-5/MA, p.46*

*1.1.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade n.12-6/DF, p.48*

*1.1.4 Recurso Extraordinário n. 579.951/RN, p.57*

#### **1.2 Os debates do Supremo Tribunal Federal sobre a SV n.13, p.63**

#### **1.3 Asserções sobre a elaboração da SV n.13 e a reconstrução normativa da vedação do nepotismo pelo STF, p.68**

### **2 O NEPOTISMO E A (I) MORALIDADE PÚBLICA: A COMPREENSÃO NA PERSPECTIVA BRASILEIRA, p.75**

#### **2.1 Bases históricas do nepotismo no Brasil: de herança portuguesa a vício da administração pública brasileira, p.75**

#### **2.2 A noção de nepotismo sob a ótica do magistério doutrinário no Brasil, p.78**

#### **2.3 A Moralidade Pública e a vedação do nepotismo na Constituição da República de 1988, p.84**

*2.3.1 O contraventor do princípio da impessoalidade, p.94*

*2.3.2 O vício que danifica o princípio da eficiência, p.98*

*2.3.3 O fim avesso ao princípio da finalidade e ao interesse público, p.100*

*2.3.4 A Moralidade Pública antídoto do Nepotismo, p.101*

#### **2.4 Considerações Parciais, p.107**

### **3 HERMENEUTICA E PODER NORMATIVO: COMO OS MAGISTRADOS DECIDEM E COMO DEVERIAM DECIDIR, p.112**

#### **3.1 Hermenêutica jurídica e a aplicação judicial, p.112**

*3.1.1 Como os magistrados decidem, p.112*

*3.1.1.1 Hans Kelsen, p.112*

*3.1.1.2 Alf Ross, p.114*

*3.1.1.3 Eros Grau, p.119*

*3.1.2 Como os magistrados deveriam decidir, p.124*

*3.1.2.1 Friedrich Karl Von Savigny, p. 124*

*3.1.2.2 Chaïm Perelman, p.126*

*3.1.2.3 Karl Larenz, p. 130*

*3.1.2.4 Inocêncio Mártires Coelho, p.134*

#### **3.2 Hermenêutica Constitucional: o poder normativo e a interpretação dos princípios e postulados constitucionais, p.139**

*3.2.1 Inocêncio Mártires Coelho, p. 139*

*3.2. Considerações a partir de Ronald Dworkin e Robert Alexy Ronald Dworkin, p. 143*

*3.2.3 Marcelo Neves, p. 146*

*3.2.4 Humberto Ávila, p.147*

#### **3.3 Considerações Parciais, p.152**

## **4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SÚMULA VINCULANTE N 13, p. 162**

### **4.1 A Súmula Vinculante no sistema normativo brasileiro, p.162**

### **4.2 Sentido e alcance da Súmula Vinculante n. 13, p.167**

*4.2.1 Parentesco por consanguinidade e afinidade até o terceiro grau, p.171*

*4.2.2 Parentesco com autoridade ou servidor ocupante de cargo comissionado, p.174*

*4.2.3 Âmbito da mesma pessoa jurídica, p.176*

*4.2.4 Nomeação de parente para cargo em comissão ou função de confiança, p.179*

*4.2.5 Nepotismo Cruzado, p.189*

### **4.3 Consequências de seu sentido e alcance, p. 190**

*4.3.1 Reclamação n. 6838/DF, p.190*

*4.3.2 Decreto Presidencial n. 7.203/10, p.195*

*4.3.3 Multiplicidade de Reclamações, p.197*

### **4.4 Considerações Parciais, p.200**

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS, p.208**

## **REFERÊNCIAS, p. 213**

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto central a análise da construção da Súmula Vinculante n. 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 21.8.2008, a fim de obstar o nepotismo no âmbito das três esferas do Poder Público de todos os entes da Federação, tendo como referência legislativa o disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, ou seja, nos princípios basilares da Administração Pública, especialmente nos da moralidade, impessoalidade e eficiência, como se constata tanto pelos debates acerca dos termos do verbete sumular, como pelos votos dos Ministros nos quatro precedentes da SV n.13: ADI n. 1521-4/RS, MS 23.780-5/MA, MC - ADC n. 12-6/DF e a própria ADC n. 12-6/DF e o RE n. 579.951/RN<sup>1</sup>.

A primeira redação da citada Súmula, foi “baseada no julgamento da ADC n. 12-6/DF, do RE n. 579.951, do MS n. 23.718” e em “outros pronunciamentos”<sup>2</sup>, com os seguintes dizeres:

A proibição do nepotismo na Administração Pública, direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI n. 1521-4/RS Ementário n. 1983-1: “CARGO DE CONFIANÇA – PARENTESCO – NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO – PROIBIÇÃO – EMENDA CONSTITUCIONAL – ADI – LIMINAR”. Relator Min. Marco Aurélio, julgada em 12.3.97 e publicada no DJ de 17.03.00. Ajuizada pelo Procurador-Geral da República. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10.02.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 23.780-5/MA, Ementário n. 2223-1: “MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA”. Ajuizado pela servidora Terezinha de Jesus Cunha Belford. Relator Min. Joaquim Barbosa, julgada em 28.9.05 e publicada no DJ de 3.3.06. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10.02.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar da Ação Declaratória de Constitucionalidade. MC - ADC n. 12-6/DF. Ementário n. 2245-1: “EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR”. Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 16.02.2006 e publicada no DJ de 01.09.06. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10.02.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC n. 12-6/DF. Ementário n. 2387-1: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. Ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e patrocinada por Luis Roberto Barroso. Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 20.08.2008, DJ n 237, de 18.12.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10.02.13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE n. 579.951/RN. Ementário n. 2338-10: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO. NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. REPROVIDO EM PARTE”. Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.08.08 e publicada no DJ n. 202, de 24.10.08. Ajuizado pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10.02.13. Tais precedentes, dentre outras coisas, demonstrarão (ou não), se configuram, de acordo com o art. 103-A da Constituição Federal, um dos requisitos constitucionais referentes à elaboração de súmula vinculante, qual seja: “reiterada jurisprudência”.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Debate sobre a Súmula Vinculante n. 13* que integra a Ata da 21ª (vigésima primeira) sessão ordinária, realizada em 20.08.08, publicada no STF - DJe n. 214/2008, divulgada na terça-feira, 11.11.08 e publicado na quarta-feira, 12.11.08, p. 20-24, p.20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10.02.13.

Municípios, independe de lei, decorrendo diretamente dos princípios contidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal<sup>3</sup>.

Contudo, nesse esteio foi recomendada outra redação:

A proibição da nomeação em cargo comissionado ou função de confiança de cônjuge, companheiro ou parente de autoridade nomeada e investida em cargo de direção, chefia ou assessoramento, na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios, independe de lei, decorrendo diretamente dos princípios contidos no artigo 37, *caput*, da Constituição<sup>4</sup>.

Mas, ao final dos debates, o STF, “visando dirimir conflitos a respeito do tema e expurgar a prática do nepotismo no âmbito judicial<sup>5</sup> e, ainda, atuando como “regrador geral do país”<sup>6</sup>, ementou a SV n.13 nos seguintes termos:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas viola a Constituição Federal<sup>7</sup>.

Dessa forma, em homenagem ao princípio republicano e aos administrativos, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da finalidade, com o intento de coibir que agentes públicos confirmem privilégios empregatícios a seus parentes utilizando-se da máquina estatal, o STF traçou a noção de nepotismo por meio do texto do verbete sumular e “causou estrépito em todos os Poderes da República Brasileira”,<sup>8</sup> porque a SV 13 “não se limitou a declarar a vedação constitucional do nepotismo”,<sup>9</sup> mas teceu minúcias sobre o assunto, reconstruindo normativamente a proibição do nepotismo.

Nesse contexto, enquanto alguns representantes do magistério doutrinário passaram a afirmar que o STF editou a Súmula Vinculante n.13, impulsionado pela

---

<sup>3</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debate sobre a Súmula Vinculante n. 13 que integra a Ata da 21ª (vigésima primeira) sessão ordinária, realizada em 20.08.08, publicada no STF - DJe n. 214/2008, divulgado na terça-feira, 11.11.08 e publicado na quarta-feira, 12.11.08, p.20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10.02.13.

<sup>4</sup> Ministro Cezar Peluso, *Ibidem*, fl. 20.

<sup>5</sup>EMPIROTTI, Gabriele. Nepotismo e Fiscalização: Súmula n.13 e sua eficácia. In: *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, v. 13, n. 144, p. 37-49, fev. 2013, p.39.

<sup>6</sup>RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no Serviço Público Brasileiro e a SV 13, In: *Revista de Direito Administrativo- RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 203-229, mai./ago. 2012, p. 209.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Debate sobre a Súmula Vinculante n. 13 que integra a Ata da 21ª (vigésima primeira) sessão ordinária, realizada em 20.08.08, publicada no STF - DJe n. 214/2008, divulgado na terça-feira, 11.11.08 e publicado na quarta-feira, 12.11.08, p.20. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 10.02.13. p. 24

<sup>8</sup> OLIVEIRA, George Felício Gomes de, Da análise da Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal: Alcance, Precedentes e Motivos Determinantes da norma que veda a prática do Nepotismo no Brasil. In: *Revista dos Tribunais - RT*, v. 98, n. 890, p. 9-32, dez. 2009, p. 10.

<sup>9</sup> DIZ, Nelson Nascimento. Nepotismo: Súmula Vinculante nº 13. Limitação ao tratamento por lei? In: *Revista de Direito do Estado - RDE*, v. 3, n. 12, p.385-391, out/dez. 2008, p.390.

necessidade de moralizar a administração pública,<sup>10</sup> outros alegaram que o motivo que levou o STF a editar a Súmula Vinculante que veda a prática do nepotismo foi a “mora legislativa.”<sup>11</sup>

Todavia, há de se ressaltar que, nessa época, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara Federal, pressionada pelas sucessivas notícias de casos de nepotismo<sup>12</sup>, aprovou, no dia 13 de abril de 2005, seis propostas de emenda constitucional que proibiam a contratação, sem concurso, de parentes até o segundo grau, por autoridades dos três Poderes da União, dos Estados e dos Municípios, quais sejam as PECs n. 334, de 1996<sup>13</sup>, que dispõe sobre a vedação para cônjuge, parente até o segundo grau e companheiro; n. 558, de 1997<sup>14</sup>, que proíbe a contratação de parentes nos três poderes da União; n. 101, de 1999<sup>15</sup>, que amplia os cargos em que a contratação de parente é vedada; n. 549, de 2002<sup>16</sup>, que veda a nomeação de parentes nos três poderes, nos diferentes níveis de governo, com exceção do concursado e de parentesco constituído após a nomeação; n. 128, de 2003<sup>17</sup> e n.193, de 2003.<sup>18</sup>

---

<sup>10</sup> “Era mesmo necessária, portanto, uma regulação expressa da matéria, inclusive como forma de resguardar as autoridades administrativas com espírito republicano contra as tão arraigadas pressões políticas, no sentido de colocar a máquina estatal a serviço de interesses privados”. ESTRELLA, Heron Nunes, Nepotismo. Aplicação da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal. In: *Interesse Público*. v. 10, n. 54, p. 245-278, mai./abr. 2009, p. 265-266. “Após tantos casos questionando a ocorrência de nepotismo em vários setores da Administração, (...) resolveu se posicionar e definir um conceito restrito, vinculando as instâncias inferiores ao seu entendimento mediante Súmula Vinculante”. AMORA, Luis Armando Saboya. O Nepotismo, o Recurso Extraordinário 579951/RJ e a Súmula Vinculante n.13 do Supremo Tribunal Federal. In: MARIANO, Cynara Monteiro e LIMA, Martonio Mont’alverne Barreto. *O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis*. Florianópolis: Grupo conceito, p. 293-306, 2012, p. 295.

<sup>11</sup> “ (...) a mora de nossas casas legislativas no que toca à edição de Lei regulamentando a matéria; a descrença e ilegitimidade, que tomam conta do Parlamento, onde a prática do Nepotismo por parte dos agentes políticos tornou-se recorrente; a crise da Lei, (...) como única forma de conduta exigível de particulares e do próprio Estado; a supervalorização da eficácia jurídica dos princípios constitucionais; o robustecimento da atuação jurídica e política do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Constitucional (...)”. ANDRADE FILHO, João Pereira de. A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante n. 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública. In: *Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal*. v.3, n. 9, p. 131-148, mar./abr. 2011, p.137. “De qualquer modo, dado o impacto simbólico e a necessidade de diretrizes mais claras, a Corte Suprema viu-se na contingência de ‘normatizar’ a matéria numa súmula vinculante para colmatar a renitente omissão do Legislativo”. RODRIGUES, João Gaspar, Nepotismo no Serviço Público Brasileiro e a SV 13, In: *Revista de Direito Administrativo- RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 203-229, mai./ago. 2012, p. 204-205.

<sup>12</sup> GARCIA, Emerson. Nepotismo: origens e paroxismo, *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, n. 200, p. 24-27, mai./2005 p. 24.

<sup>13</sup> De autoria do ex-Deputado Aldo Arantes.

<sup>14</sup> De titularidade do ex-Deputado Carlos Nelson.

<sup>15</sup> De autoria do ex-Deputado Padre Roque.

<sup>16</sup> De titularidade do ex- Deputado José Dirceu.

<sup>17</sup> De autoria do ex Deputado Antônio Biscaia, igual a anterior.

<sup>18</sup> De titularidade do Deputado Raul Jungmann, que não dispõe diretamente sobre nepotismo, mas trata da permissão da quebra de sigilo bancário e fiscal para os cargos de confiança até o terceiro escalão.

E, assim, no dia 20 de abril de 2005, foi criada uma Comissão Especial, constituída por 32 integrantes, para discutir e sistematizar as seis emendas, a serem aprovadas em um projeto, mas não se logrou êxito<sup>19</sup>.

Outros ainda aduziram que tal motivação não legitimaria a edição da súmula, haja vista que seria prescindível que a vedação no nepotismo decorresse de normativa infraconstitucional<sup>20</sup>.

Todavia, o STF, no ensejo de obstar *as nomeações em cargos comissionados e designações em funções de confiança*, baseadas na satisfação do interesse pessoal em detrimento do público, assentou por meio do verbete sumular, a reconstrução<sup>21</sup> da vedação ao nepotismo, bem como a própria noção deste, de forma a abarcar a nomeação de cônjuge e *companheiro*<sup>22</sup>, bem como dos parentes consanguíneos, em linha reta<sup>23</sup>, colateral<sup>24</sup> e *por afinidade*<sup>25</sup> até o terceiro grau, seja da autoridade nomeante ou de servidor investido em cargo comissionado, inclusive por *designações recíprocas*<sup>26</sup>, em função de confiança ou cargo comissionado<sup>27</sup>, vinculando não só “todas as instâncias

<sup>19</sup> GARCIA, Emerson. Nepotismo: origens e paroxismo, *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, n. 200, p. 24-27, mai./2005, p.24.

<sup>20</sup> Será observado, mais a frente, que o STF, quando tratou dos precedentes, descaracterizou a necessidade de se regulamentar a proibição do nepotismo na Administração Pública por lei em sentido formal. Segundo os Ministros, o nepotismo fere os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, que regem a Administração Pública e, assim, sua vedação decorre da autoaplicação de tais princípios, insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, não havendo, portanto, necessidade de lei específica a regulamentar a matéria.

<sup>21</sup> Quando comparada com outras normativas, antecedentes a ela, é que se observa a reconstrução normativa da vedação do nepotismo, o que será verificado no final desta introdução.

<sup>22</sup> Parece lógico que o STF, ao reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, possibilita que o nepotismo também alcance a relação homoafetiva.

<sup>23</sup> Os parentes consanguíneos podem ser em linha retal ou colateral, sendo a primeira referente à ascendência e descendência. Contando seus graus, o primeiro grau ascendente refere-se aos pais e o segundo aos avós. Assim, na linha reta ascendente, o nepotismo abarca os avós. Já na linha descendente, têm-se, em primeiro grau, os filhos e, no segundo grau, os netos. Portanto, na linha reta descendente o nepotismo se limita aos netos.

<sup>24</sup> A linha colateral é aquela em que os parentes consanguíneos partem de um mesmo descendente. Como se inicia a contagem do ascendente em comum nos pais, que são os parentes de primeiro grau de ambos, o primeiro parente colateral já é de segundo grau, que é o irmão. Os primos são parentes de quarto grau, não alcançados, portanto, pela relação de parentesco disposta pela súmula.

<sup>25</sup> O artigo 1.595 do C.C. dispõe que: *cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.* § 1º - *O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.* § 2º - *Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.* Então, o vínculo por afinidade é criado pelo casamento e união estável, lembrando que nem com o divórcio existem ex-sogros, conforme o que dispõe o C.C. Mas, tendo em vista a previsão disposta na Súmula, a extensão do parentesco por afinidade, no que concerne ao nepotismo, chega ao terceiro grau, abarcando os pais, avós e bisavós, filhos, netos e bisnetos, irmãos, sobrinhos e tios do cônjuge ou do companheiro, assunto este que será esmiuçado mais adiante no presente trabalho.

<sup>26</sup> As quais configuram o nepotismo cruzado, que ocorre quando duas autoridades ou servidores públicos, que ocupam cargo comissionado, nomeiam em cargos de comissão familiares um do outro, sejam consanguíneos ou afins, até terceiro grau, como troca de favor, sendo, portanto, imprescindível, a reciprocidade de favores para a configuração da espécie proibida pela Súmula Vinculante. Segundo Gina Copola: “Reitere-se, portanto, que se não ocorrer o ‘ajuste mediante designações recíprocas’ entre as autoridades nomeantes, não ocorre o nepotismo cruzado e, assim, se retira, por completo, a ilegalidade das nomeações realizadas.” COPOLA, Gina. O Nepotismo Cruzado e a Súmula Vinculante n. 13, do egrégio Supremo Tribunal Federal. A improbidade administrativa. Jurisprudência sobre o tema. In: *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, v. 28, n.07, p. 785-789, jul. 2012, p. 789.

<sup>27</sup> Todas as expressões destacadas em itálico, na forma dispostas no âmbito da Súmula, sofrem árduas críticas dos juristas.

do Judiciário”, mas também os “Poderes Legislativo e Executivo (tanto a administração direta quanto a indireta)”<sup>28</sup>.

Diante disso e tendo em vista que o seu efeito vinculante atingiu a todos os Poderes de cada um dos Entes Federados do País, causando impacto na realidade jurídica e administrativa brasileira, faz-se relevante o estudo do tema. Relevância esta que se assenta ao se observar o processo de decisão da edição da SV n.13, do qual se extraem pontos polêmicos que circundam tanto sua construção procedimental, quanto o seu conteúdo jurídico material.

O problema é que não se sabe se o STF, ao realizar a construção judicial e reconstruir a normativa da vedação do nepotismo por meio da Súmula Vinculante n. 13, exorbitou a normatividade do próprio instituto.

Dá a necessidade de se analisar se o texto da súmula expôs o que deveria expor - nos termos das normas constitucionais e legais, que regem o verbete vinculante em concordância com seus próprios precedentes e, ainda, quais foram as suas consequências. A partir disto, se verificará se a SV n.13 extrapolou os limites do próprio instrumento constitucional.

Assim, em torno da problemática são suscitadas as seguintes hipóteses:

A partir de quais fundamentos o STF construiu a noção judicial sobre o nepotismo e sua vedação? Os elementos sobre os quais foi construída tal noção são os mesmos nos quatro precedentes? A redação sumular guarda correspondência com os mesmos? Qual motivação acarretou a elaboração da SV n.13?

A partir da noção administrativa-política brasileira e da noção jurídica de nepotismo, a Súmula Vinculante n. 13 abarcou todos os casos de privilegiamento, contrários à moralidade pública?

O STF utilizou de técnicas e métodos pertinentes à hermenêutica jurídica, especialmente a constitucional, tanto para julgar os precedentes quanto para construir a noção judicial de nepotismo?

O enunciado vinculante é consistente, já que se embasa apenas em quatro julgados<sup>29</sup>? Eles configurariam jurisprudência reiterada sobre a matéria?

---

<sup>28</sup> PIRES, Luis Manoel Fonseca. Controle Judicial do Nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, In: In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.235-252, p. 247.

A redação da S. V. n. 13 guardou coerência com a finalidade do Instituto Súmula Vinculante de ser: clara, objetiva e apaziguadora de controvérsias, já que tece minúcias sobre o nepotismo?

A originalidade do texto sumular atende ao princípio da legalidade, já que a S. V. n. 13 dispõe de forma dissonante da constitucional e legal sobre temas jurídicos como: pessoa jurídica de direito público e parentela por afinidade?

Para que assim se possa responder o seguinte problema, apresenta-se a questão: o STF, ao realizar a reconstrução normativa da vedação do nepotismo por meio da Súmula Vinculante n. 13, exorbitou a normatividade do próprio Instituto? A S.V. n. 13 é válida ou merece revisão do tribunal?

A fim de estear as hipóteses perquiridas - as quais se visam responder por meio dos capítulos do texto - faz-se necessário realizar algumas considerações iniciais sobre elementos que guardam relação com o tema do trabalho.

A primeira é pertinente às origens do nepotismo e sua implementação no Brasil, a segunda refere-se à moralidade pública como preceito da administração e a terceira, refere-se às normativas que, após a Constituição Federal de 1988, vedaram o nepotismo e formaram a base da edição da Súmula Vinculante.

O nepotismo remonta a quatro noções<sup>30</sup>, sendo a mais relevante ao estudo a que pertence ao hábito papal de privilegiar seus parentes, que eram empregados na Santa Sé, inclusive sobrinhos, ditos *nepoti* na língua italiana, daí a designação do nepotismo, acrescido do sufixo *ismo*, que traduz a prática<sup>31</sup>.

Assim, as origens do nepotismo remetem às práticas de raízes eclesiásticas, arraigadas na Igreja, que consistiam na nomeação, por Sua Santidade, de familiares,

---

<sup>29</sup> Dissonantes em vários aspectos quanto à noção de nepotismo, tanto as argumentações apresentadas pelos Ministros no debate da súmula quanto os acórdãos precedentes do enunciado.

<sup>30</sup> Duas decorrentes da palavra latina *nepos*, sendo que uma indica “posteridade, podendo ser igualmente utilizado no sentido de dissipador, pródigo, perdulário e devasso”, conforme Dicionário Latino Português, pp. 550/551. GARCIA, Emerson. O Nepotismo, *Boletim de Direito Administrativo-BDA*, jun. 2003, p. 461-463, p.461; e a outra define uma espécie de escorpião cujas crias, colocando-se no dorso materno, devoram a mãe, conforme afirma Zélio Maia da ROCHA, Nepotismo e o Concurso Público. Critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na Administração Pública. *Revista Jurídica. Consulex*, ano 12, n. 286, dez. 2008, p. 40-41, p. 40. O autor, em uma posição diferenciada dos demais, afirma que: “Esta situação me parece mais próxima ao que vivemos hoje no Brasil, ou seja, aquele que se apodera do Estado e visa apenas o benefício próprio em detrimento da coletividade”. Há, ainda, outra noção: pois “para alguns, provém do nome do imperador romano Flávio Júlio Nepote (em latim: *Flavius Iulius Nepos*)” conforme informa João Gaspar RODRIGUES. Nepotismo no Serviço Público Brasileiro e a S.V. 13, *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, mai./ago. 2012, p. 203-229, p. 205.

<sup>31</sup> POLITO, André Guilherme. *Michaelis: Dicionário Escolar Italiano: Italiano-Português, Português Italiano*, São Paulo: Ed. Melhoramentos, 2007, p. 609 e 684.



sobretudo de netos e sobrinhos em cargos pontifícios, tanto que Marsílio de Pádua noticia a ocorrência de tal prática nos idos do século XIV<sup>32</sup>.

Nesse esteio, Emerson Garcia sintetiza o histórico do nepotismo durante os séculos na igreja, demonstrando, ainda, a íntima ligação entre a nobreza, os Governantes de Roma e a Igreja, sendo aqueles nomeados para cargos desta<sup>33</sup>, e Diógenes Gasparini afirma que: o nepotismo “expressava o costume adotado pelos papas dos séculos XV e XVI, consistente no favorecimento sistemático de suas famílias (sobrinhos e outros parentes) com títulos (cargos de autoridade) e doações (presentes materiais)”<sup>34</sup>.

O fato de que nepotismo adveio da prática papal foi tão notoriamente assentado na história, que restou absorvido pelos operadores do direito pátrio ao elucidarem no âmbito jurídico sobre o tema<sup>35</sup>. Mas, este costume não pode ser atribuído apenas às ações do Sumo Pontífice da Igreja Católica, uma vez que, já na Roma antiga, os seus imperadores beneficiavam seus familiares com cargos de prestígios, títulos e outras honrarias<sup>36</sup>.

E a prática não parou em Roma Antiga, muito pelo contrário, se expandiu pelos diversos Estados Absolutistas como costume do rei, já que o Estado se confundia com a figura real e, por consequência, a máquina estatal não era vista como algo estatal

---

<sup>32</sup> “Com efeito, quem não ficará espantado e estarecido perante o fato de que esses jovens, ignorantes da escritura divina, imaturos (...), inexperientes, incultos e às vezes até sabidamente criminosos, foram nomeados para os bispados mais importantes da igreja, graças à corrupção simoníaca ou pela súplica dos poderosos, para não mencionar, por vezes, o terror por servilismo ou em razão de laços de parentesco”. p.540. Segundo ele, os papas “(...) se reservaram exclusivamente o direito de nomear para os cargos eclesiásticos em geral, (...) graças à plenitude do poder, passaram a indicar pessoas ignoras nas Sagradas Páginas, mundanas, incultas e, com muita frequência, até indivíduos sabiamente criminosos.” p.538. Sendo tal nomeação, assim, “(...) porta malévola, através da qual eles próprios já entraram e que conduz aos cargos e benefícios eclesiásticos.” p.544. Ainda elucida que a nomeação para o cargo era moeda de troca de favores: “O Bispo de Roma, procurando obter em benefício próprio o favor e a mercê dos poderosos, talvez tendo deles recebido uma soma de dinheiro, promoveu o episcopado nas cidades mais renomadas, jovens ignorantes na lei divina.” PÁDUA, Marsílio, *op. cit.*, p.544 PÁDUA, Marsílio, *O Defensor da Paz*. Tradução e notas José Antônio Camargo Rodrigues de Souza; introdução José Antônio Camargo Rodrigues de Souza, Francisco Berteloni e Gregorio Piaia, Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

<sup>33</sup> GARCIA, Emerson. Nepotismo: Origens e Paroxismo, *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n. 200, mai. 2005, p. 27. Fato este observado também por Marsílio de Pádua no Século XIV.

<sup>34</sup> GASPARINI, Diógenes, *Nepotismo Político* In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.71-98, p. 73.

<sup>35</sup> É o que demonstra a passagem do voto do Ministro Ricardo Lewandowski: “A utilização desse termo, historicamente, advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros aparentados dos Papas na administração eclesiástica, nos séculos XV e XVI da nossa era, ganhando, atualmente, o significado pejorativo do favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ou privada.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, Relator Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.8.2008, DJ n. 202, de 24.10.1008, Ementário n. 2338-10.

<sup>36</sup> “(...) Roma, ao tempo de Júlio César, em finais do século I a.C. àquela época, tornou-se comum o ato jurídico da adoção, a perfilhação de adultos, principalmente pelos políticos que não possuíam filhos homens. Neste caso, passava o adotado a se beneficiar dos mesmos critérios que os dos filhos legítimos, (...). GARCIA, Emerson. Nepotismo: Origens e Paroxismo, *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n. 200, mai. 2005, p.26.

público, mas particular, pertencente ao monarca, que poderia utilizar dela como bem lhe conviesse<sup>37</sup>.

E não há de se esquecer de que na própria Itália Renascentista, não unificada, na qual cada cidade era um Estado, esta prática ligava o poder estatal ao eclesiástico e vice-versa, em um jogo de interesses entre as famílias que governavam tais cidades-estados e a Igreja em uma simbiose de luta pelo poder e pelo status por meio das nomeações de parentes em ambos os cargos<sup>38</sup>.

Diante disso é que Carmem Lúcia afirma que a prática do nepotismo não foi obstada pelo Estado de Direito, pois “a Lei, que deveria informar o Poder, até os séculos XVII e XVIII, não era senão a vontade do rei e dos poderosos que em torno dele respiravam e que recebiam os favores que a ninguém mais eram concedidos.” A doutrinadora ainda completa que a transposição da vontade pessoal pela “politização e publicidade do poder estatal impessoal não foram o bastante para romper a tradição do exercício pessoal e particular do Poder”.<sup>39</sup>

Isto porque o cerne do nepotismo, ato de “empregar parentes” no poder público, remonta ao entendimento de que o público é privado, de que a máquina administrativa estatal é um patrimônio familiar, do qual se pode dispor da forma que quiser e não como coisa pública, que pertence ao povo, algo bem encrustado na monarquia, independente do Estado ser Absolutista ou de Direito.

---

<sup>37</sup> “O direito divino dos reis (...) distribuía, repartia e compartilhava, segundo os seus únicos interesses, a quem bem entendesse e, claro, ele só entendia e o estendia a seus parentes e pessoas a ele ligadas. A ideia do Poder do Estado como res pessoal do monarca e não Poder Público (...) estendeu-se ao território do Estado.” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 159. Tanto que Thomas Hobbes em “*O Leviatã*” ao pregar um Estado forte, absolutista, firmado na monarquia, suscita que esta é preferível à democracia e que um dos motivos disto é que a prática personalista pelo rei é menor que pela assembleia, incluído neste esteio o nepotismo como prática de favorecimento da família, pois, segundo o autor, na monarquia há um rei e na democracia há vários e como o monarca em quantidade de parentes é menor que os integrantes da assembleia, a monarquia seria preferível, o cabedal de emprego e auxílio seria menor. Hobbes fundamenta sua tese no fato de que, seja quem for que represente o povo, antes de tudo se representa como pessoa natural e mesmo que: “(...) tenha o cuidado em sua pessoa política, de promover o interesse comum (...) terá mais ainda de promover seu próprio bem pessoal, assim como o de sua família, seus parentes e amigos. (...) De onde se segue que, quanto mais intimamente unidos estiverem o interesse público e o interesse pessoal, mais se beneficiará o interesse público. Ora, na monarquia o interesse pessoal é o mesmo que o interesse público. (...) e enquanto os favoritos de um monarca são poucos, e ele tem para favorecer apenas os seus parentes, os favoritos de uma assembleia são muitos e os parentes são em muito maior número que os de um monarca.” HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 162.

<sup>38</sup> Diógenes Gasparini afirma que “na Itália Renascentista era comum a nomeação, pelos titulares do poder público, para postos militares e políticos de alta relevância, de seus próprios familiares.” PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coordenadores), in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, GASPARI, Diógenes. Nepotismo Político, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 73. E Emerson Garcia completa asseverando que no “período que vai da metade do século XV até meados do XVII, poucas famílias dominaram o Vaticano: Orsini, Colonna, Médici, Barberini, Deila Rovere e umas poucas mais, que fizeram mais de quarenta papas”. Nepotismo: Origens e Paroxismo, *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n. 200, mai. 2005, p. 27.

<sup>39</sup> ROCHA, *Op. cit.*, p. 159.

Assim, utilizado pela Igreja ou pelo Estado<sup>40</sup>, o nepotismo era empregado como instrumento de política familiar cuja finalidade é beneficiar o clã de um determinado patronato e foi nesse esteio que se enraizou no Brasil.

O governo e a corte da monarquia portuguesa, sedimentados em uma sociedade personalista e dividida em estamento, tinham como costumes várias condutas que confundiam o público com o privado. Dentre elas, a concessão de privilégios aos servidores e à nobreza; a proteção do rei aos seus e aos seus auxiliares<sup>41</sup>. Nesse esteio, se inseria o nepotismo, configurado na disposição de cargos e títulos, utilizado pelo monarca, de acordo com o seu interesse, como instrumento de privilégio e proteção aos seus.

O rei comandava, impunha respeito, obediência e ordem por meio da “autarquia do indivíduo, da exaltação extrema da personalidade, da paixão fundamental e que não tolera compromissos”<sup>42</sup> a uma nobreza avessa ao trabalho, que venerava o ócio<sup>43</sup> e, como parasita do rei, tinha o hábito de articular “à custa da intriga bem tecida, da conversa doce”, “a conquista ao emprego, ao posto, à dignidade”.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> “(...) consiste numa política para empregar parentes, privilegiar os laços de sangue ou de afinidade, fechando-se o preenchimento de cargos públicos em grupos familiares. Tal política revela uma reminiscência da época das grandes monarquias e das repúblicas aristocratas, quando a figura central, aqueles que detinham o poder, conferiam privilégios e cargos aos seus parentes, enquanto os demais que não circundavam essa classe privilegiada ficavam excluídos do acesso a tais privilégios”. ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa, ORTIZ, Laudson Cruz. Súmula Vinculante 13 e o combate ao nepotismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, p. 101-121, abr./jun. 2011, p. 103. Ainda como exemplo desta prática pode-se citar a conduta de Napoleão, “que nomeou seu irmão, Napoleão III, para governar a Áustria, que abrangia a França, a Espanha e a Itália. Com isto, em muito, diminuía as chances de uma possível traição, permitindo a subsistência do império napoleônico” GARCIA, Emerson. Nepotismo. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, jun. 2003, p. 461.

<sup>41</sup> Segundo Raymundo Faoro: “Do patrimônio do rei (...) fluíam rendas para sustentar os guerreiros, os delegados monárquicos espalhados no país e o embrião dos servidores ministeriais, aglutinados na corte.” FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p.4. E Sérgio Buarque de Holanda informa que: “Em 1720 (...) só as pessoas investidas de cargo público poderiam embarcar com destino a colônia.” HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 102. Oliveira Viana assevera que: “Quando Portugal iniciou os descobrimentos (...) o campo do parentesco adotivo tinha então uma extensão muito maior do que a atual - o que ampliava consideravelmente o tamanho do grupo patriarcal e, em consequência, a força e o prestígio do *pater-famílias* senhorial, (...) Os acostados da Nobreza eram havidos na conta de parentes (...) gloriando-se da sua casa adotiva e prontos a darem a vida pelo amo (...)”. VIANA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 223. Segundo Carmem Lúcia: “Em Portugal, (...) a Monarquia traduzia o paradigma de poder exercido pelo rei em seu nome e segundo sua vontade. Os cargos e empregos públicos podiam ser e eram por ele leiloados e presenteados, como o eram as próprias terras colonizadas e onde se estendessem os domínios portugueses”. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 159.

<sup>42</sup> HOLANDA, *Op. cit.*, p.39.

<sup>43</sup> Conforme Sérgio Buarque de Holanda: “Uma digna ociosidade sempre pareceu mais excelente, e até mais nobilitante, a um bom português, ou a um espanhol, do que a luta insana pelo pão de cada dia. (...) O certo é que, entre espanhóis e portugueses, a moral do trabalho representou sempre fruto exótico”. *Ibidem*, p. 38 -39.

<sup>44</sup> FAORO, *op. cit.*, p. 81. “Politicamente, a camada dominante, associada ao rei por convívio fraternal e de irmandade, dispõe de poderes administrativos e de comando, os quais, para se atrelarem ao rei, dependem de negociações e entendimentos.” *Ibidem*, p. 19.

Nesse Estado patrimonialista, em que o público era privado, e que o Estado era o próprio rei, do rei, para o rei e para aqueles que estavam a sua volta, fossem parentes ou amigos, a única solidariedade que existia entre eles era “de círculos forçosamente restritos, particularistas, onde havia vinculação de sentimentos, (...) no recinto doméstico ou entre amigos”,<sup>45</sup> sendo o nepotismo apenas uma decorrência deste contexto<sup>46</sup>.

Desta feita, os portugueses construíram o Brasil “erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista, fazendo que monarca e administradores se mantivessem unidos por elos iminentemente pessoais e paternalistas”, “sem qualquer comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos”, sendo “a coisa pública”, “coisa de ninguém e que sua única utilidade é satisfazer os interesses da classe que ascendeu ao poder”<sup>47</sup>.

E mesmo que essa concepção tenha sido parcialmente alterada na época da invasão de Portugal por Napoleão, pois tal acontecimento provocou a fuga da realza portuguesa para as terras brasileiras em 1808<sup>48</sup>, não influenciou na distribuição de títulos e honrarias, onde se acoberta o nepotismo<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 39. Paulo Modesto ensina que “(...) é a manifestação típica de patrimonialismo na Gestão do Estado, ou dominação patrimonial. (...) No patrimonialismo o governante organiza o poder político como uma espécie de poder doméstico, segundo vínculos de solidariedade e fidelidade típicos dos membros de uma família. Não há impessoalidade. (...) O poder é exercido como propriedade pessoal do governante, extensão do seu domínio privado, sem realizar a distinção entre a esfera pública e a esfera privada. Os cargos são vendidos ou concedidos (...) sendo utilizados para cooptação e favorecimento. O poder é concebido como um bem privado e apropriado por seus exercentes, sempre atentos à proteção de seus dependentes e afilhados. O governante é o *pater familias* supremo. (...) descrição típica-ideal, sintetizada para conformar um conceito operacional e crítico de patrimonialismo no exercício do poder político-administrativo. (...) é conceito útil também para descrever traços amplamente verificados ao longo da história política institucional brasileira. (...) É o culto ao patrimonialismo que explica porque o favorecimento de parentes e afins no acesso a cargos e funções públicas foi comportamento considerado normal durante largos períodos de nossa história”. Nepotismo em Cargos Político administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, v. 11, n. 41, abr./jun. 2013, p.14-15.

<sup>46</sup> Segundo Florivaldo Dutra de Araújo: “O nepotismo (...) constitui vertente do patrimonialismo, modelo de administração pública que confunde o público e o privado, transformando as prerrogativas e os recursos públicos em instrumentos a serviço de interesses particulares. O patrimonialismo caracterizou a administração dos negócios públicos na maior parte da História e somente com a concepção do Estado de Direito passou a ser vista como incompatível com o exercício das funções estatais”. ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *O nepotismo e os princípios da administração pública*. In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.117-128, p. 118.

<sup>47</sup> GARCIA, Emerson. *Repressão à Corrupção no Brasil: Entre a Realidade e a Utopia*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 2.

<sup>48</sup> Segundo Emerson Garcia: “Napoleão, ao determinar a invasão do território português e precipitar a fuga da família real, em 1808, para o Brasil, contribuiu decisivamente (...) feição da colônia começou a mudar no momento em que a família real desembarcou em solo brasileiro e aqui se instalou (...). Com a presença da família real, logo o Brasil tornou-se o centro de comando das possessões portuguesas”. *Op. cit.*, p. 2-3.

<sup>49</sup> Nas palavras de Emerson Garcia: “Melhorias à parte, a administração pública brasileira cultivou maus hábitos desde o nascedouro. (...) A distribuição de honrarias e títulos de nobreza foi uma das formas encontradas por D. João VI para conquistar o apoio político e financeiro da elite local, variando a importância dos títulos conforme a intensidade do apoio declinado à Coroa. Em apenas oito anos, distribuiu mais títulos de nobreza que Portugal nos trezentos anos anteriores. Essa elite, destituída de valores éticos e movida pelo espírito de troca (...) ascendeu ao

Desta feita, a cultura inerente à monarquia portuguesa e sua corte<sup>50</sup> que privilegiava o personalismo em detrimento da impessoalidade; que ensejava ao indivíduo a visualizar o cargo público como uma forma de “encostar-se ao Estado” e se nobilitar<sup>51</sup>; que ressaltava a busca da riqueza fácil em detrimento do trabalho<sup>52</sup>; que confundia o espaço público e o privado a beneficiar uma minoria; que ensinava que a troca de favores e a influência eram os meios adequados a se obter algo e; ainda, que se deve obedecer a quem está no poder, em conformidade com o velho jargão de “manda quem pode, obedece quem tem juízo” foi sedimentada no Brasil<sup>53</sup>.

Por isso pode-se dizer “que de lá (...) veio a forma atual de nossa cultura” “fundamentos do nosso destino histórico”, de “nossas raízes” governamental-administrativa brasileira patrimonialista<sup>54</sup>, exaltadas na realidade colonial, quase toda

---

poder e sedimentou um verdadeiro cranco na estrutura administrativa”. GARCIA, Emerson. *Repressão à Corrupção no Brasil: Entre a Realidade e a Utopia*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p.3-4.

<sup>50</sup> Segundo Viana: “os usos, tradições, costumes - em suma, todas as modalidades estandardizadas ou institucionalizadas de comportamento social, impostas pelo que a Ciência Social hoje chama de ‘a cultura’ do grupo ou do povo - não tem apenas uma existência fora de nós - na sociedade; mas, também dentro de nós, na nossa consciência (...)”. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p.67. Segundo Holanda: “Por outro lado, não foi possível consolidarem-se ou cristalizarem-se padrões éticos muito diferentes dos que já preexistiam para a nobreza (...)”. *Op. cit.*, Pág. 112. De acordo com Roberto DAMATTA: “O lado contundente de nossa história é que somos um país feito por portugueses brancos e aristocráticos, uma sociedade hierarquizada e que foi formada dentro de um quadro rígido de valores discriminatórios.” *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984, p.27

<sup>51</sup> Conforme Raymundo Faoro: “O estamento supõe distância social e se esforça pela conquista de vantagens materiais e espirituais exclusivas. (...) bem como asseguram privilégios materiais e de maneiras.” *Os donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p. 47. “No país, os cargos são para os homens e não os homens para os cargos.” *Op. cit.*, p. 58.

<sup>52</sup> Segundo Raymundo FAORO: “Os netos dos conquistadores de dois mundos podem, sem desonra, consumir no ócio o tempo e a fortuna, ou mendigar pelas secretarias um *emprego*: o que não podem, sem indignidade, é *trabalhar*! (...) nós preferimos ser uma aristocracia de pobres ociosos, a ser uma democracia prospera de trabalhadores.” *Op. cit.*, p. 87. “O mundo colonial, (...) consolidará, mantém o potencial da fortuna fácil (...) do enriquecimento rápido”. *Ibidem*, p.216. “Nem o branco português, nem o branco natural do país podem apanhar enxada ou tocar no arado. O trabalho braçal degrada e o equipara ao escravo - a esta infâmia é preferível a ociosidade, o parasitismo, o expediente da busca de proteção dos poderosos”. *Ibidem*, p. 217.

<sup>53</sup> Segundo Emerson Garcia, há uma sedimentação “no imaginário popular” de “um sentimento de desvalorização dos interesses públicos, que sempre são submetidos às mudanças do tempo (...) e de hipervalorização do interesse privado, que deve assumir uma posição de preeminência, custe o que custar.” E afirma que este quadro brasileiro se iniciou no “seu próprio processo de colonização”. *Repressão à Corrupção no Brasil: Entre a Realidade e a Utopia*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 1-2. Para Faoro, no Brasil Colônia os “(...) fidalgos vivem das comendas e rendas da coroa (...) A nobreza (...) se alimenta dos favores e das vantagens que fluem das mãos do rei.” *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p. 220. “E, ainda, há ‘delegados e concessionários dos monopólios e privilégios’, bem como o particular nimbado com os favores públicos”. *Op.cit.*, p. 222. Segundo Faoro: “(...) aberto o acesso ao apelo retificador do rei somente aos poderosos. O funcionário é a sombra do rei, e o rei tudo pode”. *Ibidem*, p. 172. Conforme os dizeres de VIANA, o povo, desde sempre, aprendeu que “(...) só o senhor decidia, só o senhor ordenava”. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 299-301. E que assim, “(...) o povo-massa aprendia (...) princípio útil -- de interesse público era o do valor da *obediência à autoridade dos chefes* - traço (...) que (...) se tem até agora mantido fiel.” *Idem*, p. 304. Sérgio Buarque de Holanda resume como: “essa ânsia de prosperidade sem custo, de títulos honoríficos, de posições e riquezas fáceis, tão notoriamente característica da gente de nossa terra”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.46.

<sup>54</sup> HOLANDA, *Op. cit.*, p. 40. É o que explica VIANA: Os “povos (...) da América” que foram “submetidos aos (...) espanhóis, portugueses sofreram ‘desvios’ da pauta cultural (...)” *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p.75. Segundo Faoro o “espírito dos povoadores” e de que “tudo pretendem levar a Portugal”, e este espírito se alastrou, pois “não o tem só os que de lá vieram, mas ainda os que cá nasceram”. E desta visão viciada “nasce também que nem um homem nesta terra é republicano, nem zela ou trata do

rural e sedimentada nos clãs formados pelos “grupos rurais dominantes” e enraizadas nas relações pessoais parentais, o que ensejou o aumento do personalismo<sup>55</sup>.

E ocasionou consequências costumeiras à esfera política, governamental e administrativa brasileira, as quais, em seu conjunto patrimonialista, estabeleceu as bases para que o nepotismo não apenas de enraizasse, mas também se ampliasse. A primeira delas é a forma de se governar, assentada no modelo patrimonial e no coronelismo - maneira de fazer política - desde o Império<sup>56</sup>, próxima à “de clientela, com fundamental distorção autoritária” e povo votava em quem tinha que votar, “com promessas de rendosos empregos e depreciadas condecorações”.<sup>57</sup>

E como a política brasileira se constituiu em uma linha uniforme, também na República Velha - emancipada na política dos governadores e no coronelismo - a política continuou a ser realizada de acordo com a pessoalidade, os laços de amizade, a afinidade e parentesco<sup>58</sup>, não havendo qualquer mudança posteriormente, já que os estadistas continuavam sendo “a minoria dirigente, conduzindo o país com a pele de

---

bem comum, senão cada um do bem particular.” *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p. 153.

<sup>55</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 15 “(...) dos vários setores de nossa sociedade colonial, foi sem dúvida a esfera da vida doméstica aquela onde o princípio de autoridade menos acessível se mostrou as forças corrosivas que de todos os lados o atacavam. Sempre imerso em si mesmo, não tolerando nenhuma pressão de fora, o grupo familiar se mantém imune de qualquer restrição ou abalo. Em seu recatado isolamento pode desprezar qualquer princípio superior que procure perturba-lo ou oprimi-lo (...) O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, à entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública e todas as nossas atividades. Representando (...) o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a ideia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios a comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família”. *Ibidem*, p.81-82.

<sup>56</sup> Segundo Viana, os “clãs feudais e parentais” que se formaram a partir de uma “solidariedade”, levaram esta “cooperação” aos movimentos políticos com “fins exclusivamente eleitorais”, formando assim, os “clãs eleitorais”. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 258. De acordo com Faoro, desde o Império, instituído o voto popular, havia os coronéis, assim designados porque, pagavam as despesas. Daí a nomenclatura ‘coronelismo’ passou a fazer parte da evolução político-social do Brasil. “A passagem do regime imperial ao republicano irá acentuar e exacerbar a função eleitoral do coronel”. *Op. cit.*, p. 622. Viana afirma que nesta época, “em matéria de eleições, tudo se passava normalmente, sem violências, sem tumultos. (...) O tumulto não existia — porque o corpo eleitoral não era ainda a congêrie democrática da Regência: formava-o (...) um escol seletíssimo.” *Op. cit.*, p. 272. É o que se extrai dos ensinamentos de Victor Nunes Leal, de que é “fenômeno característico do regime republicano”, embora tenha sido observado “durante o Império (...) no próprio período colonial.” p. 233-234. Diante disto é que o fenômeno coronelismo, característico do sistema representativo, será assim designado. LEAL, Victor Nunes, *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*, 7ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, prefácio à 2ª edição, p. 37

<sup>57</sup> FAORO, *Op. cit.*, p.371. “(...) o eleitor seria o instrumento do senhor territorial” p. 382. “Os partidos amoldaram-se aos tempos novos” e na troca de favores, prometiam ‘arranjar’ empregos, favores e benefícios para os cabos eleitorais, as influências locais.” *Ibidem*, p. 386-387.

<sup>58</sup> LEAL, *Op. cit.*, p. 226. Segundo Roberto Damatta daí se observa que na sociedade brasileira há a divisão: “pelas ordens tradicionais: o nome de família, o título de doutor, a cor da pele, o bairro onde moramos, o nome do padrinho, as relações pessoais, o ser amigo do Rei, Chefe Político ou Presidente. Tudo isso nos classifica socialmente de modo irremediável.” *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984, p. 48.

raposa, disfarçadas sobre as garras de lobo”<sup>59</sup>, a “opinião pública” permanecia “sem caráter nacional”, os “estadualismos” continuavam exclusivistas” e as “ambições pessoais”, prosseguiram “arvoradas em lideranças de partidos artificiais”<sup>60</sup>.

E, embora tenham sido criados os departamentos de municipalidades no governo provisório de 1930, órgãos estaduais com a dita finalidade de “moralizar a administração municipal e dar-lhe maior eficiência” este não era o fim real do governo e sim o interesse partidário, eleitoreiro<sup>61</sup>.

Na Era de Vargas, o que houve foi uma reorganização da estrutura patrimonialista e um “assalto a empregos e a vantagens materiais”<sup>62</sup>, pois “na chefia do governo não existia um presidente constitucional, mas o mito popular”<sup>63</sup>, que pelo “esquema autoritário de 1937”, realizou um “regresso patrimonialista, (...) com a formação de uma comunidade burocrática, (...) de caráter estamental”, onde continuava a predominar o “jogo das competições individuais”.<sup>64</sup>

A segunda consequência costumeira que se pode observar, trazida pelos portugueses e enraizada no Brasil, vinculada à primeira é: o favorecimento do Estado à classe dominante, ou a utilização deste por ela<sup>65</sup>.

O que se colhe é que o Estado sempre amparou os poderosos e não à sociedade e que da forma com que foi constituído, já no seu nascedouro, provocou uma separação entre a classe dominante e o povo, vez que, desde o Brasil Império, a ‘classe dominante’ esteve completamente dissociada da sociedade brasileira<sup>66</sup> e utilizava o Estado para seu

---

<sup>59</sup> FAORO, *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p. 686.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 695. Nas palavras de Sérgio Buarque de Holanda: “(...)a verdadeira solidariedade só se pode sustentar realmente nos círculos restritos e a nossa predileção, confessada ou não, pelas pessoas e interesses concretos (...) não encontra alimento muito substancial nos ideais teóricos ou mesmo nos interesses econômicos em que se há de apoiar um grande partido.” *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 182-183.

<sup>61</sup> LEAL, Victor Nunes, *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*, 7ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2012., p. 95. Para que aos governadores, e não aos ‘coronéis’, tocassem a posição mais vantajosa nessa troca de serviços, o meio técnico-jurídico mais adequado foram justamente as limitações à autonomia das comunas.” *Ibidem*, p. 111. Carmem Lúcia Antunes da Rocha cita na nota de rodapé 40, da p. 219 de sua obra, o Decreto n. 19 398, de 1930, que estabeleceu no artigo 1º que “O Governo Provisório exercerá discricionariamente em toda a sua plenitude as funções e atribuições, não só do poder Executivo, como também do Poder Legislativo (...)” E, ainda, no parágrafo primeiro, estipulou “Todas as nomeações e demissões de funcionários ou de quaisquer cargos públicos, quer sejam efetivos, internos ou em comissão, competem exclusivamente, ao Chefe do Governo Provisório.” O que demonstra que realmente nada havia mudado.

<sup>62</sup> FAORO, *Op. cit.*, p. 692.

<sup>63</sup> Conforme Faoro: o (...) o chefe do governo colocado no papel de protetor e pai, sempre autoritariamente, pai que distribui favores simbólicos e castigos reais.” *Ibidem*, p. 707.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 718 -722

<sup>65</sup> Segundo Faoro: “A elite governamental, dentro da rede social da aristocracia, da qual o estamento tece sua estrutura externa, obedece ao cunho do estilo de vida das normas de conduta da nobreza burocrática.” *Ibidem*, p. 89.

<sup>66</sup> Conforme Viana esta separação é assentada no “caráter privado, quase doméstico da nossa vida política” onde “o traço privatista e personalista da nossa cultura, ou civilização política, domina o espírito” não havendo “nenhum traço

benefício, em especial de sua família e amigos, o que consagrou, por um lado, o domínio dos clãs familiares no poder e, por outro, o Estado como coisa familiar, abancando a confusão entre o público e o privado.

Mas, como nem sempre aquele que possuía o poder econômico também detinha o público, pois os cargos ou funções de governo reservados a premiar serviços e colocar a nobreza ociosa<sup>67</sup>, o Estado, a partir do século XVII, passou a distribuir os cargos como instrumento nobilitar que conferia status e prestígio, àquele que já tinha renome social e econômico, o que elevou “aos cimos da nobreza a burguesia enriquecida”.<sup>68</sup> Contudo, não foi só isto, a partir do século XVIII os cargos públicos passaram a ser vendidos.<sup>69</sup>

E na República o auxílio do Estado à classe dominante só se perpetuou, já que ela reinou no “absolutismo de uma oligarquia”<sup>70</sup>, assentada na política dos governadores, com base no coronelismo e no voto do cabresto<sup>71</sup>.

O cargo público na República, mais que um “título *nobiliárquico*” era um “poderoso agente de agregação partidária, utilizado largamente pelos

---

de motivação coletiva”. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 339. Segundo DaMatta, o Brasil tem uma “sociedade que tem horror à mobilidade, sobretudo à mobilidade que permite trocar efetivamente de posição social. É exibição numa ordem social marcada pelo falso recato de “quem conhece o seu lugar” – algo sempre usado para o mais forte controlar o mais fraco em todas as situações.” *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984, p. 49. E continua: “Seu foco é nas autoridades (...). Nisso, eles revelam, ampliando, as diferenciações sociais já existentes no mundo diário, onde as pessoas eletivamente se distinguem por meio de cadeias hierárquicas que indicam e revelam sua importância na reprodução da ordem social conhecida.” *Ibidem*, p.53 “Pela mesma lógica e seguindo o mesmo princípio do reforço e da ampliação, se a pessoa não tem qualquer autoridade ou posição social e faz parte daquilo a que chamamos genericamente “povo”, é deste lado que deve ficar. (...) Mas, como o povo aprendeu que não é bom “ser ninguém, que deve ser ‘alguém’ e que para isto tem que estar próximo de pessoas que são ‘alguém’, daí o porquê dele forçar a ‘corda’ para passar para o lado das autoridades (...) significa, nesse contexto simbólico, uma mudança significativa de posição social”. *Ibidem*, p.54

<sup>67</sup> Nas palavras de Faoro: “(...) o emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos.” FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p. 175.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>69</sup> Segundo Faoro: “A riqueza exige maior participação nos negócios públicos e o afidalgamento, (...) a tendência se reforça, no século XVIII, com a venda de cargos públicos, porta ampla que permite à burguesia acotovelar familiarmente, a aristocracia”. *Ibidem*, p. 208. De acordo com Victor Nunes Leal: “(...) pouco a pouco, as patentes passaram a ser avaliadas em dinheiro e concedidas a quem dispusesse a pagar o preço exigido ou estipulado pelo poder público, o que não chegava a alterar coisa alguma, quando essa faculdade de comprar a patente não deixava de corresponder a um poder econômico, que estava na origem das investidas anteriores”. *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*, 7ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 38.

<sup>70</sup> FAORO, *Op. cit.*, p. 566.

<sup>71</sup> “O coronelismo, o *compadrazzo* latino-americano, a ‘clientela’ (...) participam da estrutura patrimonial. Peças de uma ampla máquina, a visão do partido e do sistema estatal se perde no aproveitamento privado da coisa pública, (...) de modo a converter o agente público num cliente, dentro de uma extensa rede clientelista. O coronel utiliza seus poderes públicos para fins particulares, mistura, não raro, a organização estatal e seu erário com os bens próprios”. *Ibidem*, p. 637. De acordo com Sérgio Buarque de Holanda: “os candidatos às funções novamente criadas recrutam-se, por força, entre indivíduos da mesma massa dos antigos senhores rurais, portadores de mentalidade e tendência características dessa classe. Toda a ordem administrativa do país, durante o Império e mesmo depois, já no regime republicano, ha de comportar, por isso, elementos estreitamente vinculados ao velho sistema senhorial.” *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 73.



Governadores”, que indicavam “ao Centro os nomes dos grandes proprietários rurais que lhe pareciam mais merecedores”, e “pleiteavam a honraria para os da sua parcialidade.”<sup>72</sup> Desta forma a classe dominante republicana deu continuidade ao sistema de privilegiamento estatal dos interesses privados dos poderosos.<sup>73</sup>

Assim, o Estado quis e permitiu que as ambiciosas mãos da classe dominante, durante séculos, tratassem o Estado como algo de seu interesse, como seu negócio, o que resultou em um contínuo conflito entre o espaço público e o espaço privado<sup>74</sup>.

A terceira consequência da herança portuguesa que se constata é quanto à manipulação do poder público pelos interesses privados da classe dominante, por meio das normas jurídicas, que legalizavam de maneira dissimulada os seus interesses sob a simulação do resguardo do interesse da sociedade. Assim, as normas jurídicas eram feitas bem ao ditado “para inglês ver” porque não eram elaboradas de acordo com os anseios sociais, mas de acordo com a vontade da classe dominante, com o fito de satisfazer os seus interesses<sup>75</sup>.

Por meio da “vontade normativa, produto de uma agregação artificiosa e ainda mal segura”<sup>76</sup> os governantes implantaram a impessoalidade administrativa, o que resultou em um impasse entre a confecção de leis formalmente perfeitas - que determinavam uma organização administrativa impessoal nos ditames da lei - e a realidade costumeira governamental-administrativa do Brasil, assente no extremo personalismo.

---

<sup>72</sup> VIANA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 261.

<sup>73</sup> Por isto Raymundo Faoro conclui que: “o velho estamento imperial se dissolve, desta sorte, num elitismo de cúpula, regredindo a estrutura patrimonialista para o âmbito local, local no sentido de entrelaçamento de interesses estaduais e municipais. (...) A elite, descomprometida de fidelidade e ideias e programas, só viverá com o apoio das bases estaduais, enquanto favorecidas pela benevolência presidencial.” *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p. 562-563. “O movimento ascendente se fazia por cooptação, com o centro do tabuleiro, apesar das limitações do alto e de baixo, ocupado pelas situações estaduais. Esta era a alma das oligarquias – das chamadas oligarquias da República Velha.” *Ibidem*, p.649.

<sup>74</sup> De acordo com Faoro: “Uma longa herança – herança social e política – concentrou o poder minoritário em uma camada institucionalizada. Forma-se, desta sorte, uma aristocracia, num estamento de caráter aristocrático, do qual se projeta, sem autonomia, uma elite, um escol dirigente, uma ‘classe’ política.” *Op. cit.*, p. 92. Tanto que Sérgio Buarque de Holanda afirma que: “Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. (...) a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais (...) e não a interesses objetivos”. HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.145-146.

<sup>75</sup> Segundo VIANA, isto é um problema, porque ocorre “(...) desconformidade ou desarmonia entre a realidade *subjetiva*, criada pela *tradição* (elementos *imanescentes*), e a realidade *externa*, criada pelo novo sistema de normas (elementos *transcendentes*) (...). Não basta decretar, conseqüentemente, uma determinada *norma* de conduta para que o complexo correspondente se forme e se resolva em *atitudes* ou *comportamentos*.” *Op. cit.*, p.96.

<sup>76</sup> HOLANDA, *Op. cit.*, p. 117.

E na República, como não podia deixar de ser, diante das bases às avessas instituídas pelo imperialismo português, nada mudou. O novo regime, dito republicano, sem o ser, pois de ‘res’ pública nada havia prosseguiu na mesma prática imperial, de fixar uma “legitimidade artificialmente montada” pelas normas jurídicas<sup>77</sup>.

Destas três consequências decorreu a quarta: o Estado não protetor, desde o início de seu estabelecimento<sup>78</sup>, embasado no estamento e no patrimonialismo, separou o poder político da sociedade e esta em classes, a dominante e o povo e, assim, ao não primar pelo ideal de nacionalidade que todo povo deveria ter, exacerbou o sentimento de pessoalidade e individualidade<sup>79</sup>, pois por meio de suas ações patrimonialistas, deixou o legado à sociedade de que o indivíduo, para ter direitos e voz ativa, deveria ter poder econômico ou político, qualidades estas que normalmente estavam atreladas<sup>80</sup>, por isto não nasceu em ninguém, salvo “os buscadores de benefícios escusos e de cargos públicos”<sup>81</sup> o sentimento de colaboração com o Estado.

---

<sup>77</sup> Na visão de Victor Nunes Leal, “tivéssemos maior dose de espírito público e as coisas certamente se passariam de outra forma.” *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*, 7ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 239. Adaptando as elucidações de Viana, pode-se dizer que “não havia nada de republicano, porque não havia “consciência nacional” que é o sentimento de *res publica*, dos romanos.” Ela “não se condensou, nem se sedimentou nas tradições da vida pública”. Desta feita, sua “inexistência” orientará a “uma direção personalista – de interesse privado: ou de família, ou de indivíduo, ou de clã. É um complexo chave (...)” *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 199, 176.

<sup>78</sup> Conforme Viana, “Os famosos ‘senados’ das câmaras, do período colonial, (...) não tinham nada destas organizações de direito público (...) Não possuíam o sentimento do interesse da comunidade, nem o espírito da colaboração administrativa: colocados nas mãos dos senhores rurais e postos a seu serviço, tornaram-se instrumentos deles para fazerem a sua política pessoal – a política dos seus interesses de família ou de clã.” *Op. cit.*, p. 307. Mesmo porque, segundo Viana, os “nossos homens públicos” não possuíam a ideia de nacionalidade “como um estado afetivo, como um sentimento vivo – desses que vêm do berço, adquiridos na “penetração” do homem pelo ambiente social, vinculados ao subconsciente pela educação; em suma -- como um “complexo cultural”” e, assim, não podiam transmiti-lo ao povo ou governar por este. *Ibidem*, p. 338. Para o autor o “(...) sentimento do Estado Nacional (...) verdadeiro sentimento coletivo – forte, “cristalizado” e de amplitude nacional. (...) Os nossos “estados de consciência coletiva” mais altos, mais intensos, mais amplos têm sido efêmeros, frustrados, transitórios. Por isto mesmo, pouco fecundos na constituição e estratificação de uma *consciência nacional* – robusta, clara, definida, atuante.” *Ibidem*, p. 332.

<sup>79</sup> De acordo com Viana, o povo, quando agia “em comum era para realizar exclusivamente fins *pessoais* do grande proprietário ou para servirem aos membros da família senhorial: – e não para fins de gestão de nenhum interesse coletivo.” *Ibidem*, p. 305. E que o que “o nosso povo (...) pede aos governos (...) é que eles não o inquietem no seu viver particular.” Que “nossa evolução administrativa (...) tem sido nesse sentido.” *Op. cit.* p. 492. Segundo o autor, para que o individualismo não prospere o “Estado-Nação, há de ter o seu assento principal num “complexo cultural”, que deve ser anterior e preliminar à instituição deste tipo de Estado (...) Sem esta base preliminar, é certo que a estrutura democrática, seja qual for o tamanho do grupo, degenera e se corrompe.” *Ibidem*. p 177

<sup>80</sup> Roberto DaMatta explica que esta questão se tornou cultural. Desta forma, o autor afirma que “a palavra cultura exprime precisamente um estilo, um modo e um jeito, (...) de fazer coisas.” E que a nossa cultura é esta: “todos estão acostumados a admitir ‘um jeitinho’ pela relação pessoal e pela amizade”. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984, p. 12.

<sup>81</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p. 165.

Diante de todo este enredo se constata a quinta consequência da herança portuguesa: desde que o Brasil é Brasil, seja Colônia, Império ou República, o cargo público é um poderoso instrumento de poder.<sup>82</sup>

O que interessava era a “apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da espera própria de competência” porque o Estado era visto como “um feixe de cargos” do qual “hauria vida e calor”<sup>83</sup> às “muitas mãos erguidas e suplicantes dos fidalgos”<sup>84</sup> e era capaz de nobilitar “o letrado e o homem de armas,”<sup>85</sup> sendo sua força tamanha que “(...) brancos e pardos conquistavam patentes e honras insuflado com a farda”<sup>86</sup> e o “mulato ganhava atestado de brancura com o posto: (...) já não era mulato.”<sup>87</sup>

Em tudo isto havia um fruto proibido: o apreço pelo ócio e o desprezo pelo trabalho digno, pois todos queriam “se elevar, verticalmente, com o galão nobilitador,”<sup>88</sup> o cargo público, “único foco de poder, poder que dá prestígio, enobrece, propicia e legitima a riqueza.”<sup>89</sup> Nesse ensejo, tanto para conservá-lo com para

---

<sup>82</sup> Segundo Faoro, no Estado Português havia uma “enxurrada de servidores e pretendentes a servidores, de soldados e dependentes, de reivindicadores de pensões para a velhice (...) devoravam o Estado para o proveito ostentatório da fidalguia, (...) encasulada no cargo público.” Assim os servidores “ocupam o lugar da velha nobreza, contraindo sua ética e seu estilo da vida” e, ainda “o consumo improdutivo” que “lhes transmite prestígio, (...) como instrumento de poder (...) sugerindo-lhes grandeza, importância, força.” FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p.83.

<sup>83</sup> FAORO. *Op. cit.*, p.83

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 171. “(...) inquieta, ardente, apaixonada cassa ao emprego público. Só ele nobilita, só ele oferece o poder e a glória, só ele eleva, branqueia e decora o nome. (...) O letrado se torna letrado para conquistar o cargo, para galgar o parlamento, até que o assento no Senado lhe dê o comando partidário e a farda ministerial, (...) Com o poder, e só por meio dele, vem, por acrescentamento, a nobilitação. No contexto, o funcionalismo será a ‘profissão’ nobre e a vocação de todos. *Ibidem*, p. 390. “O corpo militar, nos seus graus de oficial, infundia nobreza equiparada à milícia e depois a guarda nacional às tropas de linha para os efeitos de honras aristocráticas. Os filhos dos oficiais podiam ingressar na tropa de linha como cadetes, privilégio reservado à nobreza.” *Ibidem*, p. 192. E esta nobilitação pelo cargo não parou no Império, também na República as patentes da Guarda Nacional “eram distribuídas (...) a correligionários” e o “prestígio do seu título passou a constituir sedução muitas vezes infalível na técnica de captação dos chefes locais.” *Ibidem*, p. 202-203

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p.194. O autor sintetiza: “a primeira consequência, a mais visível, da ordem burocrática, aristocratizada no ápice, será a inquieta, ardente, apaixonada cassa ao emprego público. Só ele nobilita, só ele oferece o poder e a glória, só ele eleva, branqueia e decora o nome. (...) O letrado se torna letrado para conquistar o cargo, para galgar o parlamento, até que o assento no Senado lhe dê o comando partidário e a farda ministerial, pomposa na carruagem solene. (...) Seja que aspirem aos cargos de magistratura tão somente, ou aos políticos, eletivos e administrativos, seja que aspirem a uns e a outros ao mesmo tempo; àqueles como meio seguro de existência, a estes como um meio de passatempo e dissipação nas capitais e na corte, ou como satisfação ao poder e ambição política.(...) Com o poder, e só por meio dele, vem, por acrescentamento, a nobilitação. No contexto, o funcionalismo será a ‘profissão’ nobre e a vocação de todos. Tomem-se, ao acaso, vinte ou trinta brasileiros em qualquer lugar onde se reúna a nossa sociedade mais culta: todos eles ou foram ou são, ou hão de ser empregados públicos; se não eles, seus filhos’ *Ibidem*, p. 390.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 310.

conquista-lo, “desencadeiam-se as energias, ferozes ou manhosas, de acordo com as circunstâncias e com a oportunidade”<sup>90</sup>.

As classes sociais dotadas de poder econômico e social, que ambicionavam possuí-lo, pois ele as asseguraria “honras e prestígio político”<sup>91</sup>, desde que puderam concorrer a eles, a partir do século XII, fizeram o que foi necessário a alcança-lo, usaram desde a graduação, que denotava prestígio social<sup>92</sup>, até o poder econômico para consegui-los, quando, no século XVIII eram vendidos.<sup>93</sup>

Era o binômio perfeito entre as “atividades intelectuais que não se vinculam ao trabalho material” e “parecem brotar de uma qualidade inata, a fidalguia” e o instrumento nobilitador daquele que é ‘intelectualizado e fidalgo’<sup>94</sup>: o cargo público. A gana pelo cargo público era tamanha, que era válido deixar o emprego privado, o negócio próprio ou o seu dom promissor para almejar o cargo público, “que dá a glória e o poder”<sup>95</sup>. Assim, foi instituída na cultura brasileira que a ocupação dos cargos públicos era um privilégio que garantia o ócio<sup>96</sup>.

Mas não é só isto, também foi utilizado pelo próprio monarca como ferramenta de poder pois empregado como “instrumento de amalgama e controle das suas conquistas” e pela classe dominante como “meio de ação e influência”, pois o

---

<sup>90</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p. 310.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 287.

<sup>92</sup> Segundo Holanda: “O amor bizantino dos livros pareceu, muitas vezes, penhor de sabedoria e indicio de superioridade mental, assim como o anel de grau ou a carta de bacharel.” HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 160. Segundo Faoro, “O caminho da nobilitação passava pela escola, pelos casarões dos jesuítas, pela solene Coimbra ou pelos acanhados edifícios de Olinda, São Paulo e Recife. O alvo seria o emprego e, por via dele, a carruagem do estamento burocrático, num processo de valorização social, decorrente do prestígio do mando político.” FAORO, *Op. cit.*, p.389.

<sup>93</sup> É o que informa Sérgio Buarque de Holanda: “as nossas academias diplomam todos os anos centenas de novos bacharéis, (...) ‘praga do bacharelismo’ (...) E aos que nos censuram por sermos uma terra de advogados, onde apenas os cidadãos formados em direito ascendem em regra as mais altas posições e cargos públicos. (...) No século XVII, a crer no que afiança a *Arte de furtar*, mais de cem estudantes conseguiam colar grau na Universidade de Coimbra todos os anos, a fim de obterem empregos públicos, sem nunca terem estado em Coimbra”. “(...) ainda no vicio do bacharelismo ostenta-se também nossa tendência para exaltar acima de tudo a personalidade individual como valor próprio, superior as contingencias. (...) o motivo da ânsia pelos meios de vida definitivos, que dão segurança e estabilidade, exigindo, ao mesmo tempo, um mínimo de esforço pessoal, de aplicação e sujeição da personalidade, como sucede tão frequentemente com certos empregos públicos.” *Ibidem*, p. 157.

<sup>94</sup> Aqui merece se fazer referência ao aparte de Holanda, “(...) dedicamos, de modo geral, pouca estima as especulações intelectuais — mas (...) os títulos honoríficos, e alguns dos seus distintivos materiais, como o anel de grau e a carta de bacharel, podem equivaler a autênticos brasões de nobreza”. HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 83. E continua: “(...) tão admirada “inteligência” é simplesmente decorativa, (...) numa sociedade de coloração aristocrática e personalista”. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>95</sup> FAORO, *Op. cit.*, p. 329

<sup>96</sup> De acordo com Roberto DAMATTA, o brasileiro aguenta o trabalho, mas gosta mesmo é do ócio: “Para nós, brasileiros, a festa é sinônimo de alegria, o trabalho é eufemismo de castigo, dureza, suor.” *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984, p. 42.

utilizavam ao bel prazer dos seus interesses particulares, perseguindo seus inimigos e protegendo seu grupo, amigos e parentes<sup>97</sup>.

Desta feita, o cargo público sagra-se nesse vislumbre como uma das mais ou senão a mais valiosa moeda de troca na política, que “manipula lealdades”<sup>98</sup> e por meio dele “a burguesia se enobrece (...), o pardo se afidalga” e o soberano “domestica turbulências dispersas”.<sup>99</sup>

Na República houve uma aparente democratização pontual quanto ao acesso ao cargo de oficialato, havendo a “necessidade de concurso de capacidade, para que o cadete passasse a oficial”, entretanto, esta democratização foi só aparente, pois os propósitos eram políticos, particulares, “acoimados pelos homens que ocupavam o poder”<sup>100</sup>, de forma que o cargo público continuou a ser instrumento de poder, pois a União o concedia aos Estados, a fim de cativar sua lealdade.<sup>101</sup>

Todavia lá pelos idos de 1919, o cargo público perde sua glória, não sendo mais “o caminho nobilitador de outrora, mas o precário e desprezado refúgio contra a miséria”<sup>102</sup>, pois os funcionários públicos e os militares foram convertidos, “aos olhos dos dirigentes e da burguesia, em parasitas ociosos”.<sup>103</sup> E tal ideia enraizou no consciente social de certa forma, que continua até hoje, seja na mentalidade dos servidores, concursados ou não, ou daqueles que laboram na iniciativa privada, ou opinião pública, mas, apesar disso, não determinou nem o retrocesso, nem o fim do vislumbre sobre o cargo público.

---

<sup>97</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*, 7ª ed., Rio de Janeiro: O Globo, 1987, p.176. Assim, passavam “das mãos de um poder mais distante, mais imparcial, (...) para as influências, que muitas vezes se serviam dessa arma poderosa para se reforçarem e esmagarem aquelas aos quais se antojava disputar-lhes o governo da terra”. *Ibidem*, p. 309. “Mandar e não governar será o alvo – mando do homem sobre o homem, do poderoso sobre o fraco, e não o institucionalizado comando, que impõe, entre o súdito e a autoridade, o respeito a direitos superiores ao jogo do poder. O emprego público sagra-se na presa do vencedor”. *Ibidem*, p. 310.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 389.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 202. Por isto Faoro alega que: “Essa coluna parte do imperador e vai até às eleições paroquiais, articula-se na vitaliciedade e se projeta nas autoridades policiais e judiciárias donas dos votos no manejo caricato da soberania nacional. A opinião pública, os interesses de classe não têm autonomia: é a sombra do governo, do grupo encastelado na vitaliciedade, vitaliciedade ávida de buscar, na hereditariedade, o domínio além das gerações. A influência oficial, sedimentada de tradições e vinculada a uma ordem econômica patrimonial”. *Ibidem*, p.389-390.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 470.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p.569 Conforme elucida Carmem Lúcia: “é que a República proclamada não se fez realizada em 1889. (...) Instaurou-se uma ‘República dos Senhores’ (...) a dominarem o Poder e a exercê-lo segundo seus próprios interesses, fizeram da Administração apenas o meio burocrático para obtê-los. O coronelismo que se fez presente nas primeiras fases da história republicana enfatizou o nepotismo e fortaleceu o personalismo e o paternalismo do Poder. Ao lado do ‘paternalismo’, que encarece a figura do eventual detentor do Poder, talvez fosse o caso de se cunhar a expressão que melhor caracterizou a Administração vista em suas entranhas: o ‘parentelismo’(...) República proclamada é um tanto extensão da casa e da família do agente”. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 162.

<sup>102</sup> FAORO, Raymundo, *Op. cit.*, p.610

<sup>103</sup> *Ibidem*, p.610.

Neste esteio, a sexta consequência trazida pela herança portuguesa e acolhida na esfera administrativa governamental é o próprio nepotismo, que revela o entendimento assentado de que o Estado é o prolongamento da família, primeiro agrupamento social conhecido pelo homem, onde os laços são de sangue e representa o conhecido, o confiável, o leal.<sup>104</sup>

E sendo a prática do nepotismo dissonante da Moralidade Pública, passa-se a essa segunda consideração.

A “inaceitação da imoralidade na Administração Pública é atemporal”<sup>105</sup> e de que se tem notícia, desde a Antiguidade, pois os grandes pensadores, filósofos e políticos, firmavam “a ideia de que as condições morais devem ser tidas como uma exigência impostergável para o exercício das atividades de governo”<sup>106</sup>, imprescindível a todos aqueles que exercem a atividade pública e que a moralidade é “princípio inextinguível a res pública”.<sup>107</sup>

Contudo, desde os tempos do absolutismo, como a concepção política passou a ser formulada “segundo a pessoa que encarnava o Poder do Estado, sendo o personalismo semente da própria ordem implantada” a verdadeira moralidade pública foi sufocada e dessa forma o individualismo imperou e “fomentou a distância entre o Direito e a Moral” algo que nem no Estado Social “em seus primeiros momentos” foi questionado.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> Conforme afirma João Gaspar Rodrigues: “Os fenômenos sociais têm, dentro de certos limites, uma gênese psicológica, (...) O nepotismo, como fator antissocial de antagonismo e discórdia, guarda conexões psicológicas e históricas esclarecedoras de suas motivações inconscientes. É um dos fenômenos sociais mais primitivos. O homem existiu primeiro no seio de grupos isolados, hordas ou clãs; a formação original deve-se aos vínculos sanguíneos. O grupo doméstico-familiar enquadrava os seus diferentes membros (...) O culto da família (ou familismo) tende a refluir para seus limites normais (dentro da funcionalidade da família) quando a sociedade revela progressos industriais e técnicos, com a criação subsequente de muitos focos de interesses opostos que competem ou transacionam entre si buscando vantagens. (...) Em termos prático-políticos, a profunda importância da família repousa sobre o fato de estar o mundo organizado de tal modo que não há nele lugar para o indivíduo, ou seja, para quem quer que seja diferente. (...) Os indivíduos alcançam posições de acordo com outros padrões que não seus méritos; o processo político é contaminado pelas relações pessoais e familiares. “Portando, qualquer análise de características culturais (como o nepotismo) de determinado sistema político deve levar em conta a permanente importância das relações informais e tradicionais que moldam as atitudes e ações dos indivíduos”. *Nepotismo no serviço público brasileiro e a SV 13*, Revista de Direito Administrativo- RDA, Rio de Janeiro, v 260, mai./ago. 2012, p.207 - 208.

<sup>105</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.183.

<sup>106</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19.98)*, in Os 10 anos da Constituição Federal, Alexandre Moraes (coordenador) São Paulo: Atlas, 1999, p. 156.

<sup>107</sup> ROCHA, *Op. cit.*, p.184.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 179. “Do século XVII ao início do século XIX ocorreram momentos “em que as correntes filosóficas ‘dominantes’ primaram pela separação das noções de moral e Direito” conforme explica BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º volume - tomo III, arts. 37-43, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 37. Destacando-se as teorias de Kant e Kelsen - principais pensadores de tal linha - respectivamente, da ‘metafísica dos costumes’ e da ‘teoria pura do direito’. Por meio desta, segundo Maria Sylvia de Pietro, Kelsen

Entretanto, como a “influência da Moral no Direito mostrou-se permanente na sequência histórica da humanidade”<sup>109</sup>, já no começo do século XX surgiram correntes reacionárias à separação entre Direito e Moral,” em especial na Alemanha e na França<sup>110</sup>.

O pioneiro em desenvolver uma teoria quanto à moralidade administrativa como um importante mecanismo de contenção da atividade estatal que não se reduzisse a um mero preceito normativo<sup>111</sup> foi Maurice Hauriou, que a partir das decisões do Conselho de Estado, constatou que “o Estado não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento utilizado em prol do interesse público” e que, por isto, era imprescindível viabilizar instrumentos que “o mantivessem adstrito a esse fim”.<sup>112</sup>

Desta feita, “em 1910, na primeira edição dos seus Princípios de Direito Público” introduziu sua teoria, asseverando que “o poder público constituiu a armadura moral da administração pública” e que “todo controle organizado em nome da moralidade administrativa sobre os atos administrativos deve partir da noção de poder”, concluindo que o controle dos atos deve ser “exercido em nome da moral pública, mais do que em nome do direito”<sup>113</sup>.

Mas o desvio de poder, embora tenha nascido vinculado à moralidade, “passou a ser visto como hipótese de ilegalidade”<sup>114</sup>, pois inserido no conceito de legalidade administrativa e, portanto, submetido ao controle judicial, passando, assim, “de regra de conteúdo moral” a “uma regra jurídica”<sup>115</sup>.

Weber também contribuiu de forma considerável quanto ao assunto, uma vez que vinculou a moralidade administrativa à “moral dos resultados”, pois, segundo ele,

---

“pretendeu desligar ‘por completo’ o conceito de norma jurídica do de norma moral, de que proveio”, *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p 163.

<sup>109</sup> ROCHA, *Op. cit.*, p. 176.

<sup>110</sup> DI PIETRO, *Op. cit.* 165.

<sup>111</sup> GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 41.

<sup>112</sup> Assim, elaborou uma teoria que estabelecesse “parâmetros adequados para a individualização do desvio de poder” e conclui que ele não se reduzia à legalidade, mas estava intimamente vinculado à imoralidade, ou à inobservância da moralidade no desenvolvimento função administrativa. HAURIU, Maurice. *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, p. 439, *apud* GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *op. cit.*, p. 41.

<sup>113</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2001, p.57. Segundo Carmem Lúcia, o autor, na 11ª edição de sua obra, em 1927, “apresentou a noção de moralidade administrativa mais acabada” como “o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins.” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994 p.189

<sup>114</sup> *Ibidem*, 169.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p.176

por ela é que se “contrasta o resultado objetivamente considerado com o resultado que seria exigido para atender à finalidade legal da administração.”<sup>116</sup>

De forma que, o agente público deve realizar o bem comum, sendo esta a finalidade do seu agir, um agir institucional, sendo censuráveis “políticos e servidores” ao empregarem “o poder estatal de que foram investidos, para fins estranhos aos interesses públicos que a lei lhes cometeu”.<sup>117</sup>

Mas a evolução quanto à relação entre direito e moral e quanto ao princípio da moralidade pública não parou por aí, vez que a noção do princípio da moralidade também “se ampliou, não sendo mais aquele da época de Hauriou.”<sup>118</sup>

Nesse esteio, antes da Constituição Federal de 1988, os administradores brasileiros já refletiam sobre a moralidade administrativa, de forma que uns a aceitavam como princípio jurídico, outros a acolhiam como requisito de validade dos atos da Administração Pública e, outros, ainda, recusavam a ela a índole jurídica.<sup>119</sup>

Todavia, esse contexto foi alterado após a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a reconheceu explicitamente como um dos princípios basilares da Administração Pública.<sup>120</sup>

Deste modo, no atual Estado Democrático “é a autoridade moral que legitima o comportamento da pessoa pública”,<sup>121</sup> pois “o sistema jurídico democrático fundamenta-se na legitimidade, a qual se compõe com o elemento da moralidade pública socialmente afirmada”.<sup>122</sup>

Nesse esteio é que se apresenta a última consideração, sobre as algumas das normativas editadas quanto à vedação do nepotismo, a partir da Constituição Federal de

---

<sup>116</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2001, p.59 “O bom resultado, objetivamente considerado, ao que a Administração Pública moralmente deve tender, só pode ser o que concorre para a realização da boa administração, inegavelmente o que satisfaz o direcionamento aos interesses públicos, o que vem a ser seu fim institucional”. *Idem*, p. 59.

<sup>117</sup> *Idem*, p. 60

<sup>118</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.189

<sup>119</sup> Afirma Marcio Cammarosano que Hely Lopes Meirelles e Cretella Junior já a entendiam princípio jurídico, que Manoel de Oliveira Franco Sobrinho a acolhia como requisito de validade do ato e que Moreira Neto negava sua juridicidade. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 68-69.

<sup>120</sup> Segundo Carmem Lúcia, na década de 90 se projetou uma: “preocupação com a moralidade pública a níveis antes não vistos neste século ou mesmo em qualquer outro (...) pôs-se, então, a imperiosidade do questionamento da ética e da moral pública, (...) A ética passou (...) a ser um dos polos fundamentais do discurso e da prática política e econômica deste final de século. (...) A moralidade pública e, basicamente, a moralidade administrativa refletem o momento e fazem crescer em importância e domínio este princípio, que passa (...) a pairar sobre todos os processos de juridicização”. *Op. cit.*, p. 176.

<sup>121</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p.180.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p.182.



1988, visto que se por um lado, os Estados-membros e os Municípios, cada qual em seu âmbito, elaboraram várias normas “de repressão ao nepotismo”<sup>123</sup> (algumas “elevadas ao primeiro plano do ordenamento estadual,”<sup>124</sup> construindo uma legislação nacional esparsa)<sup>125</sup>, que dispunham de forma diversa sobre a noção e a coibição do nepotismo; por outro, os poderes da União<sup>126</sup> editaram, nos seus respectivos domínios, normas disciplinares aos seus respectivos destinatários,<sup>127</sup> sendo estas, ora enfocadas, quais sejam: o Estatuto de Servidores Públicos Cíveis Federais do Poder Executivo; a Lei Complementar do Ministério Público da União; o Código de Ética dos Servidores Públicos Cíveis Federais do Poder Executivo; a lei que disciplina os servidores no âmbito do Tribunal de Contas da União; a lei federal que regulamenta as carreiras do Poder Judiciário da União e, ainda; a Resolução n. 07/2005, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, que embora tenham visado extirpar o nepotismo da Administração Pública nos mais diversos órgãos da União, não o obstaram totalmente.

A primeira lei federal, que após a Constituição Federal de 1988 previu expressamente a vedação do nepotismo, foi a de n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que ao tratar do regime disciplinar estatutário, dispôs no artigo 117 sobre as condutas proibidas ao servidor e, dentre elas, pelo seu inciso VIII vedou ao servidor do Poder Executivo, das autarquias e das fundações públicas, que mantivesse “sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil”, definindo então os limites da noção de nepotismo pela

---

<sup>123</sup> “Existem leis estaduais e leis municipais, dentre as quais diversas *leis orgânicas municipais*, que aqui não se citam por desnecessário (e de resto interminável), que consignam, similarmente às leis federais referidas, disposições restritivas ao nepotismo, em termos sempre inspirados na legislação federal. Quanto às LOMs observa-se até mesmo a introdução da regra antinepotismo por força de emendas *parlamentares* e não oriundas do Executivo como pela abrangência da finalidade ante a dimensão dos quadros das Prefeituras ante a das Câmaras Municipais seria de esperar as quais iniciativas já mereceram acolhida judicial, como pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na ADI n. 96.3340/100, originária do Município de Biritiba Mirim”. ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa, ORTIZ, Laudson Cruz. Súmula Vinculante 13 e o combate ao nepotismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCl*, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, p. 101-121, abr./jun. 2011, p.106.

<sup>124</sup> MODESTO, Paulo, Nepotismo em cargos político-administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte: Ed. Forum, ano 11, n. 41, abr./jun. 2013, p. 25. “Assim, algumas constituições estaduais impediam que determinados parentes ocupassem cargos em comissão, o que é o caso da Constituição do Rio Grande do Sul, que em seu art. 20, § 5.º, buscou conferir um tratamento uniforme nos três Poderes naquele Estado ao proibir o exercício do cargo comissionado pelos cônjuges ou companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau.” ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa E ORTIZ, Laudson Cruz. Súmula Vinculante 13 e o Combate ao Nepotismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCl*, v 211, ano 75, p. 105-106. A Emenda que propôs a modificação foi a n.12 à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, elaborada pela Assembleia Legislativa daquele Estado, que vedava o nepotismo em todos os Poderes desse ente federativo e foi objeto da ADI n. 1521-4/RS, um dos precedentes da súmula.

<sup>125</sup> E era “objeto de resistência e descumprimento”. MODESTO, Paulo. *Op.cit.*, p.25.

<sup>126</sup> Dos “cinco Poderes da União, pois que ninguém duvide de que o Ministério Público e o Tribunal de Contas são o quarto e o quinto, ao lado dos tradicionais três”. ARAKAKI, *Op. cit.*, p.105.

<sup>127</sup> ANTONIO, Alice Barroso. O Nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: Críticas e Proposições, *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, jan./mar. 2009, Belo Horizonte, ano 10, n. 31, p 61.

subordinação do parente nomeado à chefia imediata do nomeante e restrita ao cônjuge, companheiro<sup>128</sup> e parentes consanguíneos até o segundo grau.

Em 20 de maio de 1993 foi editada a Lei Complementar federal n. 75, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União e que, por meio do seu artigo 293, vedou o nepotismo no âmbito do referido órgão, nos mesmos termos da Lei 8.112/90.<sup>129</sup>

Posteriormente, em 22 de junho de 1994, foi publicado o Código de Ética do servidor público civil do Poder Executivo federal, aprovado pelo Decreto Presidencial n. 1.171, que enfatizou as regras deontológicas<sup>130</sup>, ressaltando que o ‘servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta’<sup>131</sup>, estabelecendo que seja dever do servidor ‘resistir a todas as pressões de superiores hierárquicos, de interessados, de familiares que viessem obter quaisquer favores, benesses ou vantagens indevidas em decorrência de ações imorais, ilegais ou aéticas’<sup>132</sup> e vedando o ‘uso do cargo ou função, facilidades, amizades, tempo, posição e influências, para obter qualquer favorecimento, para si ou para outrem’<sup>133</sup>.

Dessa forma, o titular do Poder Executivo Federal, não satisfeito com o já disposto na Lei n. 8.112/90, assentou, por meio do Código de Ética,<sup>134</sup> que a proibição de se utilizar o público em prol do privado, sob a ótica da moralidade pública, também é aético.

O Tribunal de Contas da União, por meio da Lei n. 9.165, de 19 de dezembro de 1995, alterou o art. 110 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 - dando nova redação ao seu inciso IV e acrescentando parágrafo único ao mesmo artigo, que veda o nepotismo<sup>135</sup>, sendo a primeira normativa

---

<sup>128</sup> "Companheiro" é a pessoa com quem se vive em união estável, como se casado fosse, nos termos do caput do art. 1723 do C.C de 2002.

<sup>129</sup> "Art. 293. Ao membro ou servidor do Ministério Público da União é vedado manter, sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro, ou parente até o segundo grau civil."

<sup>130</sup> E determinou a criação de Comissões de Ética no âmbito dos órgãos e entidades do Poder Executivo.

<sup>131</sup> Anexo do Decreto, Seção I, inciso II.

<sup>132</sup> Anexo do Decreto, Seção II, inciso XIV, alínea i.

<sup>133</sup> Anexo do Decreto, Seção III, inciso XV, alínea a.

<sup>134</sup> Carmem Lúcia Antunes Rocha, em sua obra de 1994, já asseverava que era necessária a criação de um "Código Deontológico da Administração Pública" e de "Comissões de Ética do Serviço Público em todos os poderes e entidades da Federação". *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 232-233.

<sup>135</sup> "Art. 1º - O art. 110 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, alterado o inciso IV e acrescido de parágrafo único, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art 110(...) IV - provimento dos cargos em comissão e funções de confiança por servidores do quadro de pessoal, exceto quanto aos Gabinetes de Ministro, do Procurador-Geral e de Auditor em relação a um Oficial de Gabinete e a um Assistente, que serão de livre escolha da autoridade, obedecidos os requisitos legais e regimentais; Parágrafo único. É vedada a nomeação, para cargos em comissão, e a designação, para funções de confiança, de cônjuge, companheiro ou

a elastecer os limites do nepotismo aos parentes consanguíneos até o terceiro grau e aos afins.

A Lei 9.421, de 24 de dezembro de 1996,<sup>136</sup> que criou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário, vedou o nepotismo, conforme disposto no seu artigo 10, nos mesmos limites da lei do Tribunal de Contas, contudo, inovou ao excepcionar a vedação do nepotismo aos servidores efetivos da carreira judiciária nomeados para ocupar cargo em comissão, salvo se fossem diretamente subordinados ao magistrado parente.<sup>137</sup>

E, então, após quase uma década da edição da última legislação federal sobre o tema e, já no século XXI, o Conselho Nacional de Justiça,<sup>138</sup> “em meio a declarações de autoridades da República favoráveis à contratação de familiares para o serviço público que provocou repulsa na população brasileira”,<sup>139</sup> no uso de sua competência<sup>140</sup> aprovou a Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências”<sup>141</sup> e que, assim, estabeleceu marco na

---

parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, de ministro, auditor ou membro do Ministério Público junto ao Tribunal, em atividade ou aposentados há menos de cinco anos, exceto se admitidos no quadro próprio de pessoal mediante concurso público.”

<sup>136</sup> Revogada pela Lei n. 11.416, de 15 de dezembro de 2006, que dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União.

<sup>137</sup> Artigo 10 “No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para cargos e Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9 de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade”.

<sup>138</sup> Criado pela Emenda à Constituição n 45/04 que promoveu várias mudanças no Judiciário, é órgão responsável pelo controle administrativo e financeiro do Judiciário e pelo cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados.

<sup>139</sup> GARCIA, Emerson. Nepotismo: origens e paroxismo, *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, n. 200, 15 de maio de 2005, p. 24. Nesta época, “a pressão da opinião popular contribuiu para que projetos contrários ao nepotismo, que estavam engavetados na CCL voltassem a tramitar no Congresso Nacional”. O clamor popular está levando prefeituras e câmaras de vereadores a abdicarem da antiga prática política de dividir as benesses do poder com os parentes à custa do erário. Em várias cidades, organizações não governamentais e grupos de cidadãos mobilizam-se contra o nepotismo.

<sup>140</sup> “Art. 103-b, (...) §4º, (...) II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;”

<sup>141</sup> Posteriormente alterada pelas Resoluções n. 9, de 06 de dezembro de 2005 e n. 21, de 29 de agosto de 2006. A Resolução n. 9 deu nova redação ao art. 3º da Resolução n.7 “É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colaterais ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargo de direção e de assessoramento, de membros de juízes vinculados ao respectivo tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação” e a Resolução n. 21, deu nova redação ao §1º do art. 2º da Resolução n.7 “Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, ou a compatibilidade de atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, além da qualificação profissional do

política de combate ao nepotismo no âmbito do Judiciário, pois mesmo que tenha determinado a proibição do nepotismo nos mesmos limites de parentesco dispostos nas leis anteriores, bem como excepcionado o nepotismo em situação já disposta na Lei n. 9.421/1996, ela inovou em diversos outros pontos e, ainda, esmiuçou as espécies de nepotismo, de acordo com suas respectivas características, sendo a principal precedente normativa da SV n.13.

No seu artigo 1º vedou a prática do nepotismo no âmbito de todo o poder judiciário, dispôs sobre a nulidade dos atos caracterizados como de nepotismo<sup>142</sup> e, na sequência, elencou no seu artigo 2º as situações e até espécies de nepotismo<sup>143</sup>.

Assim, no inciso I, previu a espécie de nepotismo denominada “direto e imediato”, caracterizado quando cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, dos membros ou juízes, é nomeado ou designado para exercer cargo em comissão ou de função gratificada, no juízo ou tribunal em que aqueles são vinculados, sendo a forma mais natural de nepotismo e de fácil constatação.

No inciso II explicou sobre a espécie de nepotismo indireto ou cruzado, que é caracterizado quando há reciprocidade nas nomeações ou designações, ajustadas por meio de trocas de favores recíprocos e conhecidas como “barrigas de aluguel”.<sup>144</sup>

Ocorre, de fato, quando parente de uma autoridade é nomeada por meio de outra autoridade, e o parente da segunda autoridade é nomeado reciprocamente por

---

servidor, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.” Disponíveis em [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em: 10.02.2013.

<sup>142</sup> “Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.”

<sup>143</sup> “Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento”.

<sup>144</sup> RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio. A ilegalidade do nepotismo no poder judiciário. *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, nº 200, p. 30.

meio da primeira autoridade, sendo, portanto, uma espécie de nepotismo de difícil comprovação, vez que para sua configuração é imprescindível provar o ajuste realizado entre as autoridades que detêm o poder de nomear ou solicitar a nomeação.

Pelo inciso III determinou a coibição de nepotismo aos parentes de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento e pelo inciso IV inovou, vedando a contratação temporária, sem processo seletivo, dos parentes daqueles que geram incompatibilidade, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Ainda, no inciso V, proibiu a contratação não precedida de licitação, de pessoa jurídica em que os parentes dos membros, juízes ou dos servidores investidos em cargo de direção e assessoramento tribunal contratante, sejam sócios.

Igualmente, nos parágrafos primeiro e segundo, excepcionou<sup>145</sup> as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias.

Por meio do artigo 3º vedou a contratação dos parentes (daqueles que geram incompatibilidade) por pessoa jurídica prestadora de serviço ao juízo ou tribunal, aos quais se vincula e pelo artigo 4º determinou que a pessoa nomeada ou designada deve declarar formalmente, antes da posse, que não possui parentesco com ninguém que gere incompatibilidade e caracterize o nepotismo.<sup>146</sup>

No seu artigo 5º definiu que os Presidentes dos Tribunais exonerassem os servidores em situação de nepotismo<sup>147</sup>.

Diante da severidade e coerção da Resolução, foram suscitadas inúmeras discussões e polêmicas quanto à sua aplicação<sup>148</sup> e devido à resistência encontrada no

---

<sup>145</sup> “§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.

“§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal”.

<sup>146</sup> “Art. 4º O nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma do art. 2º.”

<sup>147</sup> “Art. 5º Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contado da publicação deste ato, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2º, comunicando a este Conselho. Parágrafo único Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.”

<sup>148</sup> Pois diversos magistrados e servidores do poder judiciário, lotados nas inúmeras cortes e fóruns do país, se mostraram relutantes em cumpri-la: “É comum a relutância interna de alguns tribunais (...) há no comportamento de

âmbito do próprio Judiciário a dar cumprimento ao determinado pela Resolução, o CNJ, além de tê-la alterado por meio das outras duas Resoluções, ainda editou enunciados administrativos<sup>149</sup>, dentre os quais cabe ressaltar o n.1 por meio do qual o CNJ excepcionou três situações da prática nepótica: a nomeação do servidor-parente para ocupar cargo comissionado que tenha ocorrido anteriormente ao ingresso daquele que gera a incompatibilidade, a nomeação ocorrida anteriormente à união estável ou do casamento e a nomeação de parentes de servidor ou o magistrado morto ou aposentado<sup>150</sup>. E também n.7, por meio do qual o CNJ estabeleceu sobre a aplicação da referida resolução em relação à contratação de estagiários sem processo seletivo, ressaltando, ainda, que o estagiário não poderia ser subordinado direto do servidor ou magistrado parente seus.<sup>151</sup>

Na sua 16.<sup>a</sup> sessão esclareceu sobre alguns pontos quanto à Resolução, dentre eles, que a definição de cargo de assessoramento ou de chefia deve embasada na natureza e nas atribuições do cargo, independentemente de sua nomenclatura.<sup>152</sup>

Ainda, vale frisar, que a Resolução n.7, ao expurgar o nepotismo do Judiciário, “desencadeou um movimento similar em todo o serviço público”<sup>153</sup> antes mesmo da edição da S.V n.13. Tanto que inspirou o Conselho Nacional do Ministério Público a

---

parte do Poder Judiciário um fator cultural materializado na relação de troca de influências que estabelece com a sociedade, bem como um sentimento, fortemente presente, de não se achar parte do Estado (...) a constatação de que a forma como se deu a colonização brasileira e o exercício do poder local, marcadamente familiar, ainda influenciam o modo de agir e pensar de grande parcela de seus membros.(...) Na realidade o que se via na resistência em aceitar a determinação do CNJ era um comportamento compatível com a relação coronelista do início do século XX, cuja marca primeira era o clientelismo, ou seja, uma rede de relações pessoais e diretas baseadas na troca, firmada em termos políticos. A impossibilidade de nomear os parentes teria podado em alguns membros da magistratura o exercício do seu lado patrimonialista. (...) fim da relação em que o patrimônio público (...) era utilizado para fins pessoais. (...) Eliminava-se (...) o requisito de um favor para conseguir-se (...) acesso a um cargo público. (...) dificuldade de alguns membros da magistratura de separarem os negócios privados dos negócios do estado, seja por empregar os parentes, os amigos (...)Tudo muito semelhante à relação do senhor de engenho ou do coronel com seu “povo”, tudo visto de forma muito “cordial”, na acepção de Sérgio Buarque de Holanda. (...) Tais práticas, decididamente patrimonialistas, necessitavam ser combatidas(...) favoritismo ou perseguições, os atos com ausência do critério impessoal.” RODRIGUES, Francisco Luciano Lima, Os efeitos da resistência à implantação das regras de combate ao nepotismo sobre o papel do Judiciário na construção e consolidação do Estado Democrático de Direito, in: *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. Oliveira Neto. Francisco José Rodrigues de. (Org) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 151 a 153.

<sup>149</sup> N.1, de 08 de setembro de 2008, que estende a aplicação da Resolução CNJ nº 7, de 18 de outubro de 2005, às nomeações não concursadas para serventias extrajudiciais. (redação dada pela Divisão Normatização e Organização), n.1 de 25 de abril de 2006, que aprova nova redação à alínea C do Enunciado Administrativo n. 1 (redação dada pela Divisão Normatização e Organização), n. 1 de 11 de abril de 2006, que especifica fatores e situações geradoras de incompatibilidade, nos termos da Resolução CNJ nº 7, de 18 de outubro de 2005. (redação dada pela Divisão Normatização e Organização). Disponível em [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br).

<sup>150</sup> De 15 de dezembro de 2005, que dispõe sobre as vedações constantes na Resolução CNJ nº 7, de 18 de outubro de 2005.

<sup>151</sup> De 19 de junho de 2008, que dispõe sobre contratação de estagiários no âmbito dos Tribunais.

<sup>152</sup> Ata da sessão disponível em [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br). Acesso em: 10.02.2013. Ainda, ficou estabelecido que a exoneração dos servidores em situação de nepotismo é escolha que compete ao Presidente do Tribunal e que a prescrição e a decadência não são aplicadas ao ato de exoneração de tais servidores.

<sup>153</sup> CAVALCANTI, Felipe Locke. O Conselho Nacional de Justiça e a efetividade dos princípios constitucionais. *Revista do Advogado*, v. 32, n. 117, out./2012, p. 92.

editar a Resolução CONAMP n. 1, de 7 de novembro de 2005<sup>154</sup>, diversa mas tão rigorosa como a do CNJ<sup>155</sup>, dirigida a todo o Ministério Público, como provocou a edição da Lei Federal n. 11.416, de 15 de dezembro de 2006, que dispõe sobre as carreiras do Poder Judiciário da União, com vedação expressa ao nepotismo no seu artigo 6º<sup>156</sup> e, ainda, foi aplicada pelo Tribunal de Contas da União ao emendar o Acórdão n. 38/2007 sobre o tema,<sup>157</sup> não restando, portanto, “qualquer dúvida da incontestável proibição ao nepotismo que desde então impera perante o Judiciário”.<sup>158</sup>

Diante de tudo isto, resta a imprescindibilidade de se fazer expressa a vedação do nepotismo em todos os poderes de todos os entes federados. Mas, deve-se questionar: tendo em vista o assunto e a legislação já existente, havia a necessidade de se editar uma Súmula Vinculante a regulamentar a matéria? Ela é o instrumento mais adequado a fazê-lo? O STF exorbitou sua competência e extrapolou a própria finalidade da Súmula Vinculante? É essa a problemática a que se volta o trabalho.

---

<sup>154</sup> O seu último considerando dispõe que o nepotismo vicia os princípios da Administração Pública e que por isto é inconstitucional e, ainda, que não é necessário vedá-lo expressamente por lei, diante da autoaplicabilidade dos princípios, que prescindem de previsão legal para terem plena eficácia.

<sup>155</sup> Segundo Antônio Arnaldo Dal Pozzo, “se compararmos o disposto no art. 2º, 1, da Resolução nº 07/05 (CNJ) com a norma do art. 1º da Resolução nº 1/05 (CNMP), (...) notamos uma sensível diferença entre os conceitos de nepotismo”. O nepotismo no Poder Executivo. In: *Boletim de Direito Municipal – BDM*, Editora NDJ, v. 24, n. 8, ago. 2008, p. 598.

<sup>156</sup> “Art. 6º No âmbito da jurisdição de cada tribunal ou juízo é vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e funções comissionadas, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros e juízes vinculados, salvo a de ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir perante o magistrado determinante da incompatibilidade.”

<sup>157</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo: 004.966/2003-4. “Sumário: Pedido de Reexame contra Acórdão que determinou à Presidência do TRT/22ª Região que se abstivesse de nomear ou designar, para o exercício de função que demande alguma atividade sob direção, acompanhamento, supervisão, aprovação, coordenação, controle, delegação ou subdelegação da pessoa que preside o órgão, servidor público, mesmo ocupante de cargo de provimento efetivo, que seja seu cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.421/96 e do art. 2º da Resolução CNJ 7/2005. Conhecimento. Não-provimento”. “Ementa: PEDIDO DE REEXAME. **NEPOTISMO**. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR EM RELAÇÃO A UM DOS ITENS DO ACÓRDÃO. ARGUMENTAÇÃO INCAPAZ DE AFASTAR FALHAS DE GESTÃO. NEGADO PROVIMENTO. 1. A prática de **nepotismo** configura ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, sobretudo os da moralidade, igualdade, impessoalidade e finalidade administrativa. 2. Não se conhecerá de peça recursal que ataque atos de mero expediente, porquanto desprovidos de carga decisória ou que ataque deliberação que não alcance a parte, em face de evidente falta de interesse de agir. 3. Nega-se provimento a pedido de reexame quando os argumentos apresentados pelo recorrente não forem hábeis a afastar, ou mesmo justificar, as falhas de gestão identificadas ao tempo de fiscalização promovida por este Tribunal.” Interessante frisar que o Ministro Relator citou no âmbito do julgado o parecer dado pelo Subprocurador-Geral junto ao TCU, Jatyr Batista Cunha nos autos do TC nº 006.2007.2003-4, onde afirmou que por trás da coibição do nepotismo “não está apenas uma intenção de melhoria de qualidade e produtividade do serviço público, mas também a vontade dos legisladores ordinários e constituintes de promover a moralização da Administração Pública.” BRASIL. Tribunal de Contas da União, Relator Min. Augusto Nardes, Acórdão n. 38/2007, de 31.1.2007, aprovado em 1.2.2007 e publicado no D.O.U de 2.2.2007. Processo: 004.966/2003-4. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br>. Acesso em: 25.03.2013.

<sup>158</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca, Controle Judicial do Nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, In: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.235.

Para tanto, se aplica metodologia ao estudo,<sup>159</sup> por meio de pesquisa bibliográfica que revele, ao longo do trabalho, o objeto pesquisado, as hipóteses pertinentes, o problema decorrente e o argumento final.

Assim, a dissertação é dividida em cinco partes. A primeira se volta à análise da anatomia da edição da SV. 13, a partir dos contornos das argumentações expostas pelos Ministros do STF, tanto nos seus quatro precedentes, quanto nos dois debates que a antecederam e que constituem as balizas de sua edição, com vistas a esclarecer o seu sentido, na forma que foi emendada.

A partir da sistematização da descrição de tais informações - relevantes ao estudo, pois levaram à decisão do STF de editar a SV n.13 num determinado contexto - se observa a retórica argumentativa utilizada pelo Tribunal, que construiu judicialmente a noção da vedação do nepotismo e que indicam as controvérsias que circundam o próprio texto do ato normativo editado.

Dessa forma, na exposição dos precedentes<sup>160</sup> se pontua os assuntos levantados, as semelhanças e diferenças entre eles e, ainda, o reflexo de cada um deles na redação da Súmula.

Já o segundo capítulo do trabalho exhibe apertada síntese sobre o contexto histórico do nepotismo no Brasil, a ligação de sua noção político-administrativa com a noção jurídica e considerações sobre a moralidade no âmbito constitucional, seu sentido e alcance, tudo em conformidade com o magistério doutrinário pátrio.

No terceiro capítulo, se enfoca a dinâmica de decidir dos Ministros do STF, sob a ótica da hermenêutica jurídica, subdividido em três tópicos: um referente à maneira como eles decidem, de acordo com as elucidações de Hans Kelsen, Alf Ross e Eros Grau; outro pertinente à forma como deveriam decidir, segundo os métodos e critérios hermenêuticos de controlabilidade do processo decisório judicial propostos por Friedrich Karl Von Savigny, Chaïm Perelman, Karl Larenz e Inocêncio Mártires Coelho e; um terceiro, atinente à interpretação dos princípios de acordo com a norma constitucional, de acordo com as lições de Inocêncio Mártires Coelho, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Humberto Ávila e Marcelo Neves.

---

<sup>159</sup> Aqui no sentido de “caminho a ser seguido para atingir uma finalidade” FILHO, Roberto Freitas e LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia da Análise de Decisões – MAD*. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p.2, jul./dez. 2010.

<sup>160</sup> Se “passa por um inevitável processo de interpretação dos dados ali constantes”, sem “pretender-se a palavra final (...) mas sempre um ponto inicial de debate sobre o próprio precedente.” SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Metodologia de Estudo de Precedentes. Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 1, out. 2007, p.6, Disponível em: <http://www.idp.org.br/>. Acesso em: 02.08.13.



No quarto capítulo se trata do procedimento de elaboração da Súmula Vinculante, a partir dos ensinamentos de Roger Leal, dentre outros, a fim de se analisar como deve ser construído o seu processo editorial, seu sentido e efetivo alcance.

Nesse enredo, a crítica ao alcance da Súmula é feita com base em alternativas argumentativas, sistematizadas descritivamente, e em suas consequências na realidade fática, que demonstram a complexidade do assunto e a necessidade de se refletir de forma crítica sobre o assunto em tela, com a finalidade de constatar se STF, ao realizar se construção judicial da vedação do nepotismo por meio da Súmula Vinculante n. 13, exorbitou a normatividade do próprio instituto, o que concluirá o trabalho.

## 1 A CONSTRUÇÃO JUDICIAL DA NOÇÃO DE NEPOTISMO E DE SUA VEDAÇÃO PELA SÚMULA VINCULANTE N. 13.

O capítulo se volta a tratar da maneira pela qual o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou a construção judicial da noção e vedação do nepotismo por meio da Súmula Vinculante n. 13, com base nos julgados do próprio STF considerados como precedentes da referida Súmula e nos debates ocorridos.<sup>161</sup>

### 1. 1 Os precedentes da SV n.13.

#### 1.1.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1521-4/RS.

Pela ADI<sup>162</sup> em questão se objetivou arguir a inconstitucionalidade de alguns artigos<sup>163</sup> da Emenda n. 12 à Constituição do Rio Grande do Sul sob o argumento<sup>164</sup> de

<sup>161</sup> Que subsidiaram a edição da mesma, o que possibilitará verificar as similaridades e desigualdades entre os precedentes, bem como entre eles e a própria Súmula e responder então às seguintes questões: a partir de quais fundamentos o STF construiu a noção judicial sobre o nepotismo e sua vedação? Os elementos sobre os quais foi construída tal noção são os mesmos nos quatro precedentes? A redação sumular guarda correspondência com os mesmos? Qual motivação acarretou a elaboração da S.V. n.13?

<sup>162</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 1521-4/RS. Ementário nº 1983-1: “CARGO DE CONFIANÇA – PARENTESCO – NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO - PROIBIÇÃO – EMENDA CONSTITUCIONAL – ADI – LIMINAR. A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado “nepotismo” tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consanguíneos e afins até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para cessação das situações existentes. CARGOS – EXTINÇÃO – INICIATIVA – ADI - LIMINAR. Ao primeiro exame, exsurge conflitante com a Carta Política da República, preceito que, embora de índole constitucional, implique extinção de cargos de confiança ocupados à margem das peculiaridades que lhes são próprias”. Relator Min. Marco Aurélio, julgada em 12.3.97 e publicada no DJ de 17.3.2000. f.105. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>163</sup> Art. 1º - O artigo 20, da Constituição do Estado, fica acrescido dos seguintes parágrafos: “4º - Os cargos em comissão destinam-se à transmissão das diretrizes políticas para a execução administrativa e ao assessoramento. 5º - Os cargos em comissão não podem ser ocupados por cônjuges ou companheiros e parentes, consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau: I - do Governador, do Vice-Governador, do Procurador-Geral, do Estado e dos Secretários de Estado, ou titulares de cargos que lhe sejam equiparados, no âmbito da administração direta do Poder Executivo; II - dos Desembargadores e Juízes de 2º grau, no âmbito do Poder Judiciário; III - dos Deputados Estaduais, no âmbito da Assembleia Legislativa; IV- dos Procuradores de Justiça, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça; V – dos Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiros, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado; VI – dos Presidentes, Diretores-Gerais ou titulares de cargos equivalentes, e dos Vice-Presidentes ou equivalentes, no âmbito da respectiva autarquia, fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, empresa pública ou sociedade de economia mista (grifos nossos). Art. 2º O ‘caput’ do artigo 32, da Constituição do Estado, passa a ter a seguinte redação: Art. 32 – Os cargos em comissão, criados por lei em número e remuneração certos e com atribuições definidas de direção, chefia e assessoramento, são de livre nomeação e exoneração, observados os requisitos gerais de provimento em cargos estaduais. Art. 4º Ficam extintos os cargos em comissão que não atendam às disposições do parágrafo 4º, do artigo 20 e do artigo 32, ‘caput’, da Constituição do Estado. Art. 5º - Ficam extintos os provimentos, com a respectiva exoneração, dos cargos em comissão providos em desacordo com as disposições do parágrafo 5º, do artigo 20, da Constituição do Estado. Art. 6º - O Governador do Estado, o Presidente do Tribunal de Justiça e a Mesa da Assembleia Legislativa, no âmbito dos respectivos Poderes, o Procurador-Geral de Justiça e o Presidente do Tribunal de Contas do Estado, no âmbito das suas respectivas instituições, emitirão os atos administrativos declaratórios de atendimento das disposições dos artigos 4º e 5º, desta Emenda Constitucional, inclusive de extinção de cargos em comissão e de exoneração. Parágrafo único – O Governador do Estado poderá delegar atribuições para a prática dos atos previstos neste artigo. Art. 7º - (omissis) com as seguintes ressalvas: a) o artigo 4º entra em vigor cento e oitenta (180) dias após a data de sua publicação; b) o artigo 5º entra em vigor trinta (30) dias após a data de sua publicação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 1521-4/RS, fl.107-109.

<sup>164</sup> *Ibidem*, fls. 109 e 110. Ao serem requeridas informações à Assembleia Legislativa daquele Estado, ela contestou a ADI proposta, sob os argumentos citados às folhas 111 a 113 do referido documento, entre eles a necessidade de

que haveria vício de forma, pois o “preenchimento de cargos em comissão estaria na órbita interna de cada um dos Poderes, razão pela qual, ‘feridas de morte’ fizeram-se a autonomia e a independência que lhe são próprios”<sup>165</sup> e que os efeitos retroativos imputados não mereceriam prosperar, pois os servidores, já detentores do cargo, estariam amparados por direito adquirido.<sup>166</sup>

Contudo, o STF entendeu que não havia risco na manutenção do dispositivo,<sup>167</sup> pois de índole constitucional e que conferia ao tema ‘nepotismo’ tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consanguíneos e afins até o segundo grau.

Assim, a Corte decidiu pela constitucionalidade da Emenda n.12 à Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, e indeferiu a suspensão cautelar do §4º do artigo 20 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, com a redação da Emenda Constitucional nº 12/95.<sup>168</sup>

Nesse esteio, o STF argumentou que seria necessária uma “reflexão mais profunda sobre o sentido ético que lastreia normas deste quilate”<sup>169</sup> e ao dispor sobre o nepotismo<sup>170</sup>, afirmou que a Emenda n 12, objeto da ADI em questão, rendeu “homenagem aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade<sup>171</sup> e da

---

proibição específica sobre o nepotismo e a existência de diversas normas precedentes que o vedam em todos os entes federados e nos mais diversos poderes.

<sup>165</sup> Argumento este que merece ser trazido à baila, para se questionar até onde a edição da Súmula Vinculante n. 13, também não resultou nesta mesma consequência. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1521-4/RS, fl. 109.

<sup>166</sup> *Ibidem*, fl. 109.

<sup>167</sup> Elaborada pela Assembleia Legislativa daquele Estado.

<sup>168</sup> ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa e ORTIZ, Laudson Cruz, lembram que “Na seara judicial, também havia manifestação desfavorável ao nepotismo, uma vez que, mesmo sem previsão expressa em Constituições anteriores a 1988, é possível defender que o princípio da moralidade, na verdade, estava presente na ordem jurídica por uma interpretação sistêmica”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, abr./jun. 2011, p. 106.

<sup>169</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1521-4/RS, voto do Ministro Marco Aurélio às fl. 115. Pois “o povo brasileiro já não tateia, mergulhado nas trevas da ignorância em consequente subserviência em busca da mão ditadora e assistencialista” *Ibidem*, fl. 115-116. Nesse ensejo, o Ministro Celso Mello, aduziu que: “(...) o Estado, no exercício das atividades que lhe são inerentes, não pode ignorar os princípios essenciais, que, derivando da constelação axiológica que confere substrato ético às ações do Poder Público, proclamam que as funções governamentais não de ser exercidas com estrita observância dos postulados da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa”, *Ibidem*, fl. 141. E que tais princípios, “(...) erigidos à condição de valores fundamentais pela Carta Política (...) tais postulados qualificam-se como diretrizes essenciais que dão substância e significado a repulsa que busca prevalecer, no âmbito do aparelho do Estado, o sentido real da ideia republicana, que não tolera práticas e costumes administrativos tendentes a confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante, em claro desvio de caráter ético jurídico”, fl. 142.

<sup>170</sup> Quem melhor explicou sobre a importância de rebater o nepotismo, foi o Ministro Celso Mello, ao asseverar: “quem tem o poder e a força do Estado em suas mãos, não tem o direito de exercer, em seu próprio benefício, a autoridade que lhe é conferida”. E, além de conceituá-lo como ato que reflete “um gesto ilegítimo de dominação patrimonial do Estado” também explicitou que “desrespeita os postulados republicanos da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.” *Ibidem*, fl. 142.

<sup>171</sup> O Relator aduziu pela “(...) afirmação definitiva da moralidade como princípio norteador das instituições públicas, (...)”. *Ibidem*, fl. 116.

isonomia”,<sup>172</sup> vez que “a vedação de contratação de parentes para cargos comissionados” ao abranger “os cônjuges, companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção até o segundo grau (pais, filhos, irmãos) a fim de prestarem serviços justamente onde o integrante familiar despontou e assumiu cargo de grande prestígio”<sup>173</sup> inibe o nepotismo e atua na “preservação da própria *res pública*”.<sup>174</sup>

Destacou, nesse contexto, o princípio da isonomia, disposto nos artigos 5º e 37 da Constituição Federal e considerando que a ação homenageia o princípio mencionado,<sup>175</sup> entendeu pela constitucionalidade da Emenda à Constituição do Rio Grande do Sul,<sup>176</sup> asseverando que a Emenda Constitucional pode disciplinar a matéria de forma abrangente e uniforme, incidente aos três Poderes.<sup>177</sup>

Em que pese o STF ter apreciado todos os dispositivos combatidos da EC n.12, faz-se necessário, dentre eles, trazer à baila apenas o disposto quanto aos dois principais artigos da normativa que tocam o nepotismo, quais sejam, o parágrafo 5º do artigo 1º, que proíbe expressamente a nomeação de parentes de até o segundo grau de determinadas autoridades<sup>178</sup> e o artigo 5º, alusivo à exoneração dos nomeados em cargo em comissão de forma infringente à vedação do nepotismo.<sup>179</sup>

---

<sup>172</sup> Segundo o Relator, “a ocupação dos cargos revela transgressão à isonomia, à impessoalidade e à moralidade (...)”, p.121-122. O Ministro Celso Mello também votou na mesma linha, ao afirmar que a Emenda Constitucional:“(…) prestou efetiva reverência ao texto da Constituição Federal, revelando-se fiel aos grandes princípios fundados na ética republicana e consagrados na Carta Política do Brasil. (...) concepção republicana (...) incompatível com qualquer prática governamental tendente a restaurar a inaceitável teoria do Estado patrimonial.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1521-4/RS, p. 141.

<sup>173</sup> *Ibidem*, fl. 117-118.

<sup>174</sup> *Ibidem*, fl. 117. O Relator, Ministro Marco Aurélio, ainda dispôs que “(...) o mérito é a fórmula eficiente para chegar-se à qualidade total desejada aos serviços públicos, ditos essenciais.” E que não se poderia “compatibilizar tais assertivas com a possibilidade de nomeação de parentes próximos para ocupar importantes – e até estratégicos – cargos de direção nas repartições públicas comandadas pelo protetor”, *Ibidem*, p. 116. De forma que não disse claramente, mas deu a entender que, para ele, há uma relação entre nepotismo e eficiência.

<sup>175</sup> Todos os Ministros dispõem que a vedação do nepotismo é decorrente da observância dos princípios esculpidos no *caput* do artigo 37 da C.F. Nesse ensejo, curioso ressaltar que por este mesmo fundamento, o STF reconheceu constitucionalidade tanto à Emenda como à Súmula, mesmo que diversas.

<sup>176</sup> *Ibidem*, fl. 119. O Ministro Relator ainda lembra que a atual emenda teve origem em uma proposta de emenda constitucional realizada pelo Judiciário daquele Estado e que nesta estava vedada também a “troca de nomeações entre dirigentes de órgãos”, bem como a “proibição se estendia até o terceiro grau”, mas que esta proibição só alcançaria novas nomeações, mas não “aqueles que já estivessem prestando serviço”. Entretanto, tal proposta, frise-se, foi só o embrião da atual redação da Emenda Constitucional sob *judice*, pois a composição inicial não prosperou.

<sup>177</sup> “(...) a iniciativa do Estado do Rio Grande do Sul salta aos olhos como reflexo, como sinal dos novos ares do atual momento brasileiro, angariando simpatia suficiente a que seja dada à questão tratamento linear, a abranger, no campo da proibição, atos que, em última análise, em visão desassombrada, decorram de atuação apaixonada, direta ou indireta (...)”. *Ibidem*, fl. 117-118.

<sup>178</sup> *Ibidem*, fl. 121-122.

<sup>179</sup> “Art. 1º - O artigo 20, da Constituição do Estado, fica acrescido dos seguintes parágrafos: (...) Parágrafo 5º - Os cargos em comissão não podem ser ocupados por cônjuges ou companheiros e parentes, consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau: I - do Governador, do Vice-Governador, do Procurador-Geral, do Estado e dos Secretários de Estado, ou titulares de cargos que lhe sejam equiparados, no âmbito da administração direta do Poder Executivo; II - dos Desembargadores e Juizes de 2º grau, no âmbito do Poder Judiciário; III - dos Deputados Estaduais, no âmbito da Assembleia Legislativa; IV - dos Procuradores de Justiça, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça; V - dos Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiros, no âmbito do Tribunal de Contas do

Quanto ao primeiro, foi destacada a aplicação do princípio da razoabilidade<sup>180</sup> à extensão da proibição, tanto quanto ao seu âmbito (órgão em que a autoridade é lotada) quanto à delimitação do parentesco (o nepotismo é vinculado ao segundo grau de parentesco)<sup>181</sup> e quanto ao segundo dispositivo, se asseverou que não há direito adquirido por parte daquele cuja nomeação configura nepotismo.<sup>182</sup>

Além da argumentação exposta, também se alegou que a vedação ao nepotismo ocorre em “respeito ao regime jurídico único dos servidores públicos, comum aos três Poderes”<sup>183</sup> e que por isto, “não se submete à iniciativa reservada de cada um deles” podendo, “de acordo com o parâmetro do art. 37 da Constituição Federal, ser objeto da Constituição estadual ou de emenda a esta Constituição”.<sup>184</sup> O que parece demonstrar a

---

Estado; VI – dos Presidentes, Diretores-Gerais ou titulares de cargos equivalentes, e dos Vice-Presidentes ou equivalentes, no âmbito da respectiva autarquia, fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, empresa pública ou sociedade de economia mista. (...) Art. 5º - Ficam extintos os provimentos, com a respectiva exoneração, dos cargos em comissão providos em desacordo com as disposições do parágrafo 5º, do artigo 20, da Constituição do Estado”.

<sup>180</sup> Princípio este não ventilado expressamente quando da elaboração da Súmula Vinculante em questão.

<sup>181</sup> Segundo o Ministro Relator:“(...) o dispositivo não alija, a toda a evidência, o direito dos parentes de ombrearem com os comuns do povo e inscreverem-se em concurso público. Alcança apenas o afastamento das distorções que se tornaram tão frequentes na administração direta e indireta, nos Poderes, beneficiando, de forma mais ou menos escancarada, em detrimento de cidadãos, os parentes mencionados. A norma é abrangente, atingindo, como já ressaltado, os três Poderes e está limitada à disciplina de situações bem definidas, em que a ocupação dos cargos revela transgressão à isonomia, à impessoalidade e à moralidade (...). Não vejo como se possa, ante à razoabilidade constitucional, dizer do conflito de regras com a Carta de 1988. (...)” O texto da parte final do inciso II do art. 37 “ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” não serve de respaldo ao quadro de injustiça e por vezes de absoluta imoralidade que costumeiramente é denunciado pela imprensa escrita e falada. Ressalto que, no caso, a razoabilidade da proibição de índole constitucional decorre não só do grau de parentesco – até o 2º - como também da limitação considerando cada órgão em si. Indefiro a liminar”. (grifos nossos). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1521-4/RS. Trecho do voto do Ministro Relator às fl. 121 - 122. Mas a Súmula, em 2008, abrangeu o 3º grau de parentesco, bem como alcançou o âmbito de “pessoa jurídica” e não mais de “órgão”, se alargando a vedação, mas pelos mesmos fundamentos: Constitucional. O Ministro Relator ainda se manifestou quanto à legalidade da redação do 2º artigo da EC, ratificando que cargo em comissão é aquele destinado à direção, chefia e assessoramento e, assim, indeferiu a liminar; no que concerne ao artigo 4º, referente à extinção dos cargos em comissão, concedeu a liminar, suspendendo a eficácia do dispositivo e, finalmente, indeferiu a liminar quanto à suspensão do artigo 6º, referente à emissão dos atos das autoridades a declarar o cumprimento do disposto pela EC e julgou prejudicado o pedido de concessão de liminar quanto à suspensão do artigo 7º da EC, (que estipulava o prazo em que entrariam em vigor o expresso no artigo 4º e 5º da EC) diante da decorrência do lapso temporal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1521-4/RS.

<sup>182</sup> “(...) a norma torna efetiva a regra proibitiva da ocupação dos cargos em comissão pelos parentes mencionados no §5º do artigo 20 da Constituição do Estado. (...) a meu ver, os preceitos da Carta do Rio Grande do Sul somente esmiuçaram, pedagogicamente, o que se contém na Constituição Federal. Dizer-se a esta altura, concorrer, na espécie, direito adquirido, porque antes da Emenda Constitucional nº 12/95 não havia norma explícita proibindo as nomeações, é olvidar a própria natureza e as peculiaridades dos cargos em comissão, isto é, a livre nomeação e exoneração de que cogita o inciso II do art. 37 da Constituição Federal. Indefiro a liminar”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1521-4/RS. Trecho do voto do Ministro Relator às fl. 124.

<sup>183</sup> Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1521-4/RS. Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence às fl. 131. Mas em sede da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n.12, também precedente do verbete sumular (e, percebe-se, ser o principal, já que seu objeto é a Resolução n. 7/05 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário e é a base redacional da Súmula Vinculante em questão) foi assentado que o nepotismo não precisa ser regulamentado por lei formal, muito menos por Constituição Estadual ou emenda a esta então, mas por qualquer ato normativo, bastando a Resolução do CNJ no âmbito do Poder Judiciário e Súmula Vinculante do STF aplicável a todos os poderes de todos os entes federados.

necessidade de uma lei formal a vedar o nepotismo<sup>185</sup>.

Por outro lado, foram apresentadas argumentações contrárias, lastreadas no princípio da isonomia, referentes aos dispositivos em voga.<sup>186</sup>

As alegações utilizadas foram de que a Emenda não diferenciou o servidor que é ocupante de cargo efetivo e comissionado, daquele que é nomeado “ad nutum”<sup>187</sup> em cargo comissionado, o que inobserva não apenas o princípio da isonomia<sup>188</sup> como também o princípio da razoabilidade, que “discrimina servidores públicos integrantes da carreira, vale dizer, servidores públicos efetivos”<sup>189</sup> e que a amplitude da sua vedação é desarrazoada e despropositada.<sup>190</sup>

---

<sup>185</sup> O Ministro Celso de Mello notou que a Emenda Constitucional foi fundamentada “*no esteio dos princípios republicanos consagrados na Constituição Federal*”, a fim de repelir o nepotismo. Nesse esteio se posicionou em todos os julgados precedentes em que ele participou. Ao motivar seus votos aduziu que os princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, são autoaplicáveis e que rechaça, automaticamente, o nepotismo, não importando qual espécie de normativa irá regulamentar a vedação deste. E esse argumento parece ser o único entendimento uniforme dos Ministros quanto à vedação do nepotismo e expresso em todos os precedentes da Súmula.

<sup>186</sup> Os Ministros divergentes foram: Ilmar Galvão e Carlos Velloso, Ministros Octavio Gallotti e Néri da Silveira. Mas aqui há de se ressaltar que o Ministro Carlos Velloso, não foi contrário à vedação do nepotismo, pois assim dispôs sobre o nepotismo “(...) o nepotismo, nome pelo qual ficaram conhecidas as nomeações de parentes de magistrados para servirem, em cargos de comissão, junto a estes, é erva daninha, porque causa problemas para a administração e é ofensivo, sobretudo ao princípio da moralidade administrativa”, p.135. E ainda afirmou que: “A discriminação, em tal caso, encontra justificativa em princípios racionalizadores da administração pública e, sobretudo, no princípio da moralidade administrativa.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1521-4/RS*, p. 138.

<sup>187</sup> Ministro Ilmar Galvão: “(...) não ouvi, da parte do eminente Relator, a solução que seria dada, no caso, à situação dos servidores concursados, exercentes de cargos efetivos no âmbito da Administração. Outra dificuldade que estou vislumbrando diz com a extensão da vedação ao âmbito de todo o Poder. Vale dizer que, mantida a norma, a ofensa ao princípio da isonomia vai verificar-se em sentido inverso, atingindo, no primeiro caso, servidores efetivos, para impedi-los de preencher cargos de confiança próprios de sua situação funcional e, no segundo, parentes até o segundo grau de pessoas com as quais não terão nenhum relacionamento funcional e de cuja influência não dependeu a sua escolha. Sobre esses pesará como que uma maldição. O tio Desembargador poderá, por exemplo, exercer o seu cargo por 20, 30 anos, e durante esse período ficarão condenados ao não exercício de qualquer cargo da espécie. (...) As leis federais, quando tratam dessas matérias, consignam invariavelmente a ressalva: no âmbito do órgão e não no âmbito do poder. (...) A emenda, não discriminando as situações apontadas, parece ter tido uma motivação de ordem demagógica, objetivando tão somente os aplausos da mídia, como de ordinário acontece. (...) Considero a emenda inconstitucional. Se não violadora do princípio da isonomia, é, pelo menos, desarrazoada, pelos excessos que nela se contém.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1521-4/RS*, fl. 133.

<sup>188</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1521-4/RS*. Trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão fl. 133-134.

<sup>189</sup> Ministro Carlos Velloso: “O que deve ser proibido é a nomeação gratuita, de favor. O servidor de carreira poderia, é certo, ser discriminado no sentido de não poder ser designado para cargo em comissão ou função de confiança sob a direção do seu parente (...) não se pode perder de vista que ao servidor de carreira assiste o direito de preferência de ser nomeado para cargo em comissão e função de confiança (C.F., art. 37, V), de modo que não pode ele ser discriminado com a generalidade como o foi (...) servidores de carreira, (...), estão inapelavelmente afastados, não podem pugnar por uma pretensão legítima, qual a de exercer cargo em comissão ou função de confiança, para os quais a Constituição lhes confere o direito de preferência”. *Ibidem*, fl. 137-138. “(...) o legislador ordinário estadual investido de poder constituinte decorrente, foi longe demais e cometeu excessos, excessos que maculam um ato que traz, na sua essência, a marca da moralização. (...) Penso que a norma, do modo como está posta, é violadora do princípio da igualdade que a Constituição consagra em diversos passos, a começar pelo art. 5º, *caput* (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1521-4/RS*. Trecho do voto do Ministro, fl. 136.

<sup>190</sup> “Os cargos em comissão não podem ser ocupados por cônjuges os companheiros e parentes consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau, do Governador, do Vice-Governador, do Procurador-Geral do Estado, do Defensor Público Geral do Estado e dos Secretários de Estado, os titulares de cargos que lhe sejam equiparados, no âmbito da administração direta do Poder Executivo. Que dizer, nem a mil quilômetros do local onde esteja sediado o Defensor Público Geral, por exemplo, seria possível a designação de um parente deste, ocupante de cargo efetivo, para cargo em comissão. E não importa se a designação seria para setor totalmente diverso da Defensoria Pública. (...) Isto, data vênica, não é razoável, é um despropósito. (...) Entendo, portanto, que os dispositivos do § 5º são ofensivos

Nesse ensejo vale ressaltar que a Constituição da República de 1988, conforme o disposto no seu art. 37, II, qualifica o cargo comissionado como de livre nomeação (não precedida de aprovação em concurso público) e livre exoneração (sendo desnecessária qualquer alegação para justificar o desligamento de quem o ocupa), por isto *ad nutum* e, destinado a direção e assessoramento superior, a ser ocupado por pessoa de confiança do agente público.<sup>191</sup>

E é aí que se processa o nepotismo, pois o agente público, muitas vezes, entende que por este cargo ser destinado a ser ocupado por indivíduo de sua confiança, pode, então, nomear parente. Mas, como se verá, esta confiança não é a decorrente de vínculo pessoal entre o nomeado e o agente público, mas da característica profissional do nomeado.

Assim, os Ministros divergentes criticaram os dispositivos da Emenda Constitucional em análise, com base no princípio da isonomia, sob um olhar diverso ao dos demais Ministros, em defesa da inaplicabilidade da norma aos servidores efetivos, a fim de que não sofressem limitações por serem parentes da autoridade nomeante.

Igualmente, entenderam que o tribunal deveria realizar ‘interpretação conforme’ quanto à proibição<sup>192</sup>, com vista a excluir os servidores efetivos, para que os mesmos pudessem ser nomeados em cargos comissionados<sup>193</sup>.

#### *1.1.2 O Mandado de Segurança n. 23.780-5/MA*

O segundo precedente<sup>194</sup> da SV n.13 foi impetrado por servidora pública

---

ao princípio da igualdade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1521-4/RS*. Trecho do voto do Ministro Carlos Veloso, fl. 138-140.

<sup>191</sup> Diógenes Gasparini ensina que cargo público é “(...) o menor centro hierarquizado de competências da Administração direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei ou resolução, com denominação própria e número certo.” E que ele poder ser de provimento em comissão, efetivo ou vitalício, contudo, enquanto o comissionado é o efetivo são previstos pelo texto constitucional, mas instituídos por lei, o vitalício é estabelecido pela Constituição. PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coordenadores), *in: Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, GASPARINI, Diógenes. Nepotismo Político, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 78

<sup>192</sup> Ministro Néri da Silveira: “Entendo que a regra em apreço se compatibiliza com a Constituição Federal, se for entendida como não abrangente dos funcionários ocupantes de cargo de provimento efetivo, (...) porque (...) ingressaram por concurso público, como qualquer cidadão”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 1521-4/RS*. Trecho do voto do Ministro, fl. 149.

<sup>193</sup> A sugestão do Ministro não foi acolhida pelos seus Colegas, mesmo sendo a ‘interpretação conforme a constituição’, à luz da hermenêutica jurídica, uma solução juridicamente plausível a sanar a questão melindrosa a que os servidores efetivos foram submetidos.

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*, Ementário n. 2223-1: “MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado”. fl.109. Relator Min Joaquim

efetiva de órgão do poder executivo estadual<sup>195</sup> à disposição do TRT 16, por ter sido exonerada de cargo comissionado do tribunal<sup>196</sup>, devido a decisão do TCU, o qual, após avaliar denúncia, considerou sua nomeação ilegal, violadora do artigo 10 da Lei n. 9.421/96 e da Decisão n. 118/1994 do seu órgão pleno<sup>197</sup>, devido ao seu vínculo de parentesco com o Vice-Presidente do TRT 16<sup>198</sup>, que contudo teve sua segurança denegada.

A impetrante, sob os argumentos de que o TCU “exorbitou dos limites de sua competência funcional ao erigir à categoria de norma legal a Decisão n. 118/1994 de seu órgão pleno” e de que detinha “direito líquido e certo a permanecer no cargo enquanto não ocorrerem razões legais para a exoneração”<sup>199</sup>, requereu “a declaração da nulidade do ato que a exonerou, bem como sua reintegração ao TRT da 16ª Região, com a percepção inclusive dos vencimentos que lhe foram suprimidos desde a edição do ato de exoneração.”<sup>200</sup>

O TRT 16 prestou suas informações<sup>201</sup>, o TCU<sup>202</sup> alegou que o pleito da impetrante era “juridicamente impossível, por não encontrar amparo no ordenamento legal, em razão de os ocupantes de cargo em comissão serem exoneráveis a qualquer tempo” e que o ato do TRT 16 caracterizava “nítida violação dos princípios da moralidade e impessoalidade<sup>203</sup>” e o Ministério Público Federal (MPF) opinou pela denegação da ordem, sob o argumento de que a nomeação da servidora tinha sido publicada em data posterior à decisão da Corte de Contas<sup>204</sup> infringindo a decisão do TCU<sup>205</sup> que “efetiva o princípio da moralidade administrativa, inserindo no art. 37 da

---

Barbosa, julgada em 28.9.2005 e publicada no DJ de 03.03.06. Ajuizado pela servidora Terezinha de Jesus Cunha Belford. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), Acesso em: 10.02.2013.

<sup>195</sup> Secretaria Estadual de Educação.

<sup>196</sup> Embora tivesse sido disponibilizada desde 1889 ao TRT, passou a ocupar cargo comissionado do quadro do tribunal em 1994, tendo sido exonerada do DAS-5 da Coordenação do Programa de Assistência ao Servidor.

<sup>197</sup> Referentes à vedação do nepotismo.

<sup>198</sup> 2º grau – irmã.

<sup>199</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*, fl. 111.

<sup>200</sup> Com pedido de liminar, em face do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU e do Juiz Presidente do referido Tribunal do Trabalho, que foi indeferida. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA Ibidem*, fl. 110 - 111.

<sup>201</sup> Nas quais, além de alegar, em preliminar, a ilegitimidade do TCU de figurar no polo passivo e, consequentemente, arguir a incompetência do STF para decidir o MS, também asseverou sobre a legalidade de seu ato, realizado “no estrito cumprimento de seu dever legal, em obediência à determinação do TCU.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*, fl. 112.

<sup>202</sup> Arrazou sua ilegitimidade e consequente incompetência do STF para julgar o caso em tela.

<sup>203</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA Ibidem*, fl. 112.

<sup>204</sup> Nomeação publicada em 13.10.94, após a decisão normativa exposta no D.O.U. em 28.3.94.

<sup>205</sup> Que “proíbe a contratação de cônjuges ou parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, de juízes em atividade ou aposentados há menos de cinco anos, para funções gratificadas ou de gabinete e cargos em comissão, em todos os órgãos da Justiça Trabalhista” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA Ibidem*, fl. 112-113.



Constituição Federal de 1988.”<sup>206</sup>

Nesse contexto, a Corte, ao apreciar o mérito<sup>207</sup>, afirmou que o ato impugnado não padecia “de nenhum vício passível de anulação”<sup>208</sup>, visto que a nomeação da servidora tinha ocorrido após a publicação da decisão do TCU que veda esta espécie de nomeação no âmbito da Justiça do Trabalho; também lembrou que a citada normativa excepciona a nomeação/designação de “servidor titular de cargo público de provimento efetivo de juízo ou tribunal”<sup>209</sup> para ocupar cargo comissionado ou exercer função gratificada, no próprio âmbito da justiça do trabalho, mas que essa ressalva não se aplicava à impetrante, visto que ela é servidora do Poder Executivo do Estado do Maranhão e, ainda; sustentou que a lei n. 9432 de 1992<sup>210</sup> - anterior à decisão do TCU<sup>211</sup> e à nomeação da servidora - já proibía a prática do nepotismo, é que por isto, não havia amparo legal à impetrante.

Nesse ensejo, restou destacado<sup>212</sup> que a proibição não alcança “o cargo efetivo de cada tribunal”<sup>213</sup> - os servidores de carreira de cada um dos tribunais<sup>214</sup> e foi ressaltado<sup>215</sup> que a única limitação imposta aos servidores de cargo efetivo do quadro do Tribunal se refere a não poder haver ocupação de cargo comissionado por eles sob o comando direto do seu parente, ou seja, “no gabinete do próprio parente”.<sup>216</sup>

### *1.1.3 Ação Declaratória de Constitucionalidade n.12-6/DF*

É o terceiro precedente da SV n.13<sup>217</sup> e objetivou que o STF declarasse a

---

<sup>206</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*, fl. 113.

<sup>207</sup> O Relator, Ministro Joaquim Barbosa.

<sup>208</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*. Trecho do voto do Ministro Relator, fl.114.

<sup>209</sup> *Ibidem*, fl. 115.

<sup>210</sup> Além de aduzir que as sucessivas nomeações e exonerações da servidora, informadas pelo próprio TRT 16 nos autos do processo, evidenciaram “uma possível tentativa de burlar à Lei n. 8.432/1992, que veda a nomeação de parentes para cargos em comissão e à supracitada Decisão n.118/1994 do TCU”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*. Trecho do voto no Relator, Ministro Joaquim Barbosa, fl. 115.

<sup>211</sup> A decisão do TCU “homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*. Trecho do voto no Relator, Ministro Joaquim Barbosa, fl. 116.

<sup>212</sup> Pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

<sup>213</sup> Expressão do Ministro Sepúlveda Pertence, BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*, fl. 117.

<sup>214</sup> O interessante quanto a este argumento é que embora lembrado pelos Ministros neste precedente da Súmula, foi rechaçado pela maioria dos ministros no precedente anterior e não foi observado por eles quando da edição da Súmula pelo STF, cuja vedação alcançou os servidores efetivos.

<sup>215</sup> Pelo Ministro Nelson Jobim. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*.

<sup>216</sup> Explicado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, fl. 117. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança. *MS n.23.780-5/MA*.

<sup>217</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n.12-6/DF*, Ementário n. 2245-1: “EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.(...)Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo 'chefia' nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame

constitucionalidade da Resolução n. 7, editada pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>218 219</sup>, em 18.10.2005, por meio da qual foi vedada a prática de nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

A Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) propôs a ADC quanto à Resolução n. 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>220</sup>, sob os argumentos de que o CNJ detém competência “para zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar a validade dos atos administrativos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário (inciso II do §4º do art. 103-B da CF/88)”;

que a proibição da prática do nepotismo é defendida como “regra constitucional que decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas”;

que o Poder Público é subordinado não só à legalidade formal como também “está adstrito à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui a própria Constituição”<sup>221</sup> e, finalmente, que a Resolução “nem prejudica o necessário equilíbrio entre os Poderes do Estado – por não subordinar nenhum deles ao outro – nem vulnera o princípio federativo, dado que também não estabelece vínculo de sujeição entre as pessoas estatais de base geográfica”<sup>222</sup>, com o fito de que fosse deferida a cautelar<sup>223</sup> e, posteriormente, que a ação fosse julgada

---

de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.” Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 16.02.2006 e publicada no DJ de 01.09.2006. Ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB e patrocinada por Luís Roberto Barroso, Disponível em: [http:// www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 10.02.2013.

<sup>218</sup> Segundo explicações do Ministro Gilmar Mendes neste julgado, a ADC tem o papel de “transformar a presunção relativas de constitucionalidade (que milita a favor dos atos normativos) em presunção absoluta. Serve, portanto, para afastar o controle difuso e a controvérsia sobre a aplicação de determinada norma no âmbito do Executivo e do Judiciário.” De forma que sua proposição se faz necessária, “quando houver controvérsia ou dúvidas relevantes sobre a constitucionalidade de um determinado preceito (...) atua contra a insegurança gerada por aplicações e interpretações contraditórias de um mesmo preceito normativo. (...) revela-se como instrumento adequado para a solução desse impasse jurídico-político, permitindo que o Supremo Tribunal Federal possa manifestar-se sobre questão de relevante interesse nacional, como é o caso do nepotismo, preservando e potencializando princípios constitucionais como a segurança jurídica e a moralidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, fls. 66-67.

<sup>219</sup> Órgão superior de fiscalização administrativa do Poder Judiciário.

<sup>220</sup> Que disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, fl. 7-8.

<sup>221</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, fl. 8.

<sup>222</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, fl. 9.

<sup>223</sup> “a) do ‘julgamento dos processos que envolvam a aplicação da Resolução nº 7/05 do CNJ até o julgamento definitivo da presente ação, ficando impedidos de proferir qualquer nova decisão, a qualquer título, que impeça ou afaste a eficácia da Resolução em questão’ e; b) ‘com eficácia *ex tunc*, dos efeitos de quaisquer decisões, proferidas a qualquer título, que tenham afastado a aplicação da Resolução nº 7/05 do CNJ’.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, fl. 9. A liminar foi pleiteada tendo em vista: “A dificuldade de separar o interesse privado dos interesses do Estado ficou patente ao se observar o fundamento dos diversos mandados de segurança propostos por ocupantes de cargos comissionados,

procedente, sendo declarada a constitucionalidade da Resolução.<sup>224</sup>

Tendo em vista que o presente precedente é um dos mais relevantes, senão o mais proeminente à elaboração da Súmula Vinculante, faz-se imprescindível uma análise mais minuciosa deste julgado, pois gerou “o mais extenso e aprofundado debate na Suprema Corte sobre o nepotismo até hoje,”<sup>225</sup> a partir dos argumentos trazidos à baila pelo Ministro Relator e complementados ou ratificados pelos demais Ministros que acompanharam seu voto, sendo divergente apenas o Ministro Marco Aurélio.

A Corte,<sup>226</sup> ao se pronunciar pelo deferimento da medida cautelar,<sup>227</sup> afirmou que o fundamento da Resolução é extraído da Constituição, pois o CNJ<sup>228</sup> detém competência em modalidade primária<sup>229</sup> para editar atos normativos primários, conforme dispõe o inciso II, §4º, do art. 103-B constitucional<sup>230</sup>, a qual segue “imediatamente a vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma”<sup>231</sup> e, ainda, que a Constituição, ao deferir competência ao CNJ, ficou “silente quanto a um tipo de atuação necessariamente precedida de lei”,<sup>232</sup> motivo pelo qual entendeu que o CNJ detém o “poder de aplicar imediatamente a

---

incluídos nas hipóteses descritas na Resolução n. 07 do CNJ, perante vários tribunais do país, quando argumentavam que a proibição atingia o direito adquirido à nomeação e o exercício do cargo comissionado; que o critério de “confiança” estava ligado à proximidade entre a autoridade nomeante e nomeado, proximidade muitas vezes de cunho familiar, que a impossibilidade de nomear parente atinge o princípio da isonomia, além da argumentação de que a medida deixaria em dificuldades financeiras muitos pais de família, dentre outros.” RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Os efeitos da resistência a implantação das regras de combate ao nepotismo sobre o papel do judiciário na construção e consolidação do estado democrático de direito. In: Oliveira Neto, Francisco José Rodrigues de. *Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.153.

<sup>224</sup> Figuram como *amici curiae* na ação: o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União do Distrito Federal – SINDJUS/DF, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e a Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União – FENAJUFE.

<sup>225</sup> MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, abr./jun.2013.

<sup>226</sup> Pelo Relator, Ministro Ayres Britto.

<sup>227</sup> Julgada em 12.2.2006, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, próprios do controle concentrado, suspendendo, assim, a discussão da questão pelas instâncias inferiores até ser examinado o mérito da ação.

<sup>228</sup> Tanto quanto o Senado em alguns casos e o Chefe do Poder Executivo em outros.

<sup>229</sup> Que é aquela por meio da qual o normativo editado decorre diretamente de postulados constitucionais e Segundo o Ministro Ayres Britto, daí decorre o “poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é uma forma de prevenir a irrupção de conflitos. O poder de precaver-se ou acautelar-se para minimizar a possibilidade das transgressões em concreto”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. MC - ADC n. 12-6/DF, fl.30. Desta ideia se colhe que não é necessário regulamentar o nepotismo por meio de lei formal, podendo, portanto, a sua prática ser vedada por Súmula Vinculante.

<sup>230</sup> “103-B (...) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe foram conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a ilegalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los, ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, (...)”.

<sup>231</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. MC - ADC n. 12-6/DF, Trecho do voto do Relator, Ministro Ayres Brito, fl. 19.

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. MC - ADC n. 12-6/DF, Trecho do voto do Relator, Ministro Ayres Brito, fl.31.

Constituição-cidadã, tanto em concreto como em abstrato”<sup>233</sup>.

Dessa forma, concluiu que a Resolução do CNJ debulha “os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais da centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado”,<sup>234</sup> quais sejam: “o da impessoalidade, o da igualdade, o da eficiência e por fim, o da moralidade administrativa”,<sup>235</sup> os densificando<sup>236</sup>.

Asseverou ainda,<sup>237</sup> que se por um lado a prática do nepotismo é perniciosa ao interesse público<sup>238</sup> e ofende o princípio da impessoalidade,<sup>239</sup> por outro, cabe ao CNJ

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Relator, Ministro Ayres Brito fl. 32

<sup>234</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Relator, Ministro Ayres Brito, fl. 33.

<sup>235</sup> Novamente se observa a decorrência da vedação do nepotismo dos princípios que regem a Administração Pública, inseridos na cabeça do art. 37 da Carta Constitucional. Conforme a Ministra Ellen Gracie “(...) Os princípios estampados no art. 37 da Constituição brasileira de 1988 erigiram ao nível fundamental e de maneira expressa o que se continha na legislação brasileira (de se lembrar, dentre outras, a lei n. 4.717, de 1965 - lei de ação popular), que rompe a presunção de legitimidade dos atos administrados quando se cuide de nomeação sem concurso público, máxime em se cuidando de parentes. E a legislação eleitoral, que, com fundamento constitucional, vem impedindo desde a década de 30 do século passado, candidaturas de parentes. Tudo a demonstrar que os fundamentos constitucionais não permitem o parentesco como fonte ou critério de admissão no serviço público, sequer em cargo dito de confiança, que confiança aí se põe na qualificação do candidato e não na qualidade do nome por ele ostentado. Nem precisaria haver princípio exposto - quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa - para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. 1º, da Constituição, para impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República.”

<sup>236</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, fl. 37. Seriam especialmente os da impessoalidade, eficiência e igualdade e que a inobservância de um dos três acarretaria a violação do princípio da moralidade administrativa.

<sup>237</sup> O Ministro Cezar Peluso.

<sup>238</sup> De acordo com o Relator, Ministro Britto, o nepotismo “(...) significa a paroquial fusão do ambiente caseiro com o espaço público”. E, citando Rui Cirne Lima, aduziu que: “administrar não é atividade de que é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia”. P. 36. Segundo ele, também obsta o princípio da eficiência, porque com a “(...) projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, (...) quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar. Quando se vai cobrar assiduidade e pontualidade no comparecimento do trabalho. Mais ainda, quando se é preciso punir exemplarmente o servidor faltoso”. P. 35. Segundo o Ministro Celso Mello, normas como a Resolução em questão obstam “(...) a formação de grupos familiares cuja atuação, facilitada pelas nomeações em comissão ou designação para funções de confiança, acaba, (...) por ‘patrimonializar’ o poder governamental, convertendo-o, em razão de uma inadmissível inversão dos postulados republicanos, em verdadeira ‘res domestica’, degradando-o, assim, à condição subalterna de instrumento de mera dominação do Estado, vocacionado, não a servir ao interesse público e ao bem comum, mas antes, a atuar como incompreensível e inaceitável meio de satisfazer conveniências pessoais e de realizar aspirações particulares.” fl. 109. Isso porque, segundo o Ministro “(...) impõe que se faça essencial distinção entre o espaço público (...) e o espaço privado (...) em ordem a obstar que os indivíduos, mediante ilegítima apropriação, culminem por incorporar, no âmbito de seus interesses particulares, a esfera de domínio institucional do Estado, marginalizando, como consequência desse gesto de indevida ‘patrimonialização’, o concurso dos demais cidadãos na edificação da ‘res publica’.” fl. 110. E, então, conclui: “A consagração do nepotismo na esfera institucional do poder público não pode ser tolerada, sob pena de o processo de governo – que há de ser impessoal, transparente e fundado em bases éticas- ser conduzido um verdadeiro retrocesso histórico, o que constituirá, na perspectiva da atualização e modernização do aparelho do Estado, situação de todo inaceitável.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, fl. 111.

<sup>239</sup> Conforme o Relator, Ministro Britto, o nepotismo fere: “(...) os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado. Princípios como: I - o da impessoalidade, consistente no descarte do personalismo. (...) Na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que ‘não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio’. Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado ‘nepotismo’.” fl. 33-34. Nesse mesmo esteio é o voto do Ministro Cezar Peluso: “Gostaria de versar a questão à luz de um só princípio explicitado pela vigente Constituição da República: o da

velar pela aplicação desse princípio, e por isto “não há dúvida” que cabe ao Conselho “coibir, ainda que de forma genérica, as práticas que violem” <sup>240</sup> a impessoalidade e, que “cabe às autoridades administrativas e, nesse caso, ao CNJ, no cumprimento de seus deveres constitucionais, fazer cumprir os comandos normativos veiculados pelos princípios do art. 37.” <sup>241</sup>

Assim, se extrai do disposto que ao CNJ compete assegurar o cumprimento do disposto pelos princípios insculpidos pelo art. 37 da Constituição Federal<sup>242</sup> e, por isto, que é competente para editar resoluções como a sob apreciação.

Nesse diapasão, a Corte Suprema, ao analisar se os “condicionamentos

---

impessoalidade. (...) Acredito ser possível isolar uma noção estreita do princípio (...) aparece diretamente relacionado com o controle jurídico do exercício do poder político, que, por definição, é mantido sempre por minorias.” fl. 59. E continua: “As necessidades da administração pública dependem daquilo que WEBER denominava a ‘dominação burocrática da impessoalidade formalística’ cujo conteúdo relevava bem com a expressão (...) regida pelo dever jurídico estrito de não se deixar guiar, (...) conduzir, na tutela da coisa pública, nem por ódio, nem por amor. Nesse sentido, o princípio da impessoalidade está ligado à ideia eficiência, porque constitui condição ou requisito indispensável da eficiência operacional da administração pública. Mas, a despeito disso, atua sobretudo como limitação ao exercício do poder discricionário de nomear funcionários em cargo de confiança. (...) O que limita esse poder, garantindo o alcance da satisfação das necessidades e dos interesses públicos, é o princípio da impessoalidade, o qual deve guiar o administrador na escolha dos quadros, não para servir ao que se crê dono do poder, isto é, chefe, mas para acudir às necessidades da administração pública.” fl. 60 Então, conclui: “A impessoalidade apresenta duas dimensões (...) coibir o exercício do poder voltado a favorecer ou a prejudicar pessoas (...) impedir o personalismo no exercício desse poder mediante atos de promoção pessoal (...) sublinha o dever de preenchimento dos cargos públicos (...) significando vedação de privilégios e, também, de perseguições pessoais. E (...) a autopromoção. (...) Não vejo como negar à prática do nepotismo a pecha de ofensa ostensiva ao princípio da impessoalidade (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, fl. 60-61.

<sup>240</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, fl. 55.

<sup>241</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, fl. 74.

<sup>242</sup> Nas palavras do Relator, Ministro Britto: “(...) essas práticas também podem resvalar, com maior facilidade, para a zona proibida da imoralidade administrativa (...). Mas entendo que esse descambar para o ilícito moral já é quase sempre uma consequência da deliberada inobservância dos três outros princípios citados.” (foram impessoalidade, eficiência e igualdade). fl.37. Na mesma toada, estão os dizeres do Ministro Joaquim Barbosa: “(...) as regras estabelecidas pelo CNJ na Resolução 07/2005 (...) buscam dar efetividade aos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativa. (...) Por sua vez, talvez com mais ênfase ainda, impõe-se ao caso o princípio da moralidade, por aplicação direta da Constituição (...)”. fl. 52-53. Em esteio similar se pronunciou o Ministro Gilmar Mendes: “(...) não há dúvida de que os atos que impliquem a prática do nepotismo ofendem diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade (...)”. fl. 72. E, continua: “A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Não é de hoje que o nepotismo é uma prática condenada pela sociedade brasileira”. fl. 73. Nesse íterim, conclui: “(...) o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma determinada lei, mas por ofensa direta à moralidade que atua como substrato ético de ordem constitucional (...) a proibição do nepotismo decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade”. fl. 73-74. Bem como a Ministra Ellen Gracie: “(...) questão do nepotismo como uma das formas mais visíveis de ofensa ao princípio da moralidade administrativa (...)”. fl. 84. E do Ministro Celso Mello: “(...) os postulados da impessoalidade e da moralidade que representam os valores essenciais na conformação das atividades do poder. Sabemos todos que a atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético jurídicos que se refletem na consagração constitucional dos princípios da moralidade administrativa, que se qualifica como valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo do poder.” fl. 97. E, ainda, complementa: “A prática do nepotismo (...) traduz a própria antítese da pauta de valores cujo substrato constitucional repousa no postulado da moralidade administrativa, que não tolera – porque incompatível com o espírito republicano e com a essência da ordem democrática – o exercício do poder *pro domo sua*.” fl. 100. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trechos dos votos dos Ministros.

impostos pela resolução” são “atentatórios da liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (inciso II e V do art. 37)”<sup>243</sup> alegou que, ao contrário do que se pode pensar, a resolução apenas positivou ainda mais as proibições constitucionais, decorrentes dos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade<sup>244</sup>.

E arrematou que os “servidores públicos não são titulares de direito adquirido a regime jurídico”<sup>245</sup> e que as nomeações para exercício de cargo em comissão se submetem ao princípio da moralidade e impessoalidade e, que a proibição do nepotismo emana do princípio da impessoalidade e que diante disto, mesmo que a nomeação de cargo comissionado seja discricionária, seus limites são estabelecidos, dentre outros, por esse princípio e concluiu que os servidores que foram nomeados de forma irregular não detêm direito subjetivo algum, vez que da “prática ofensiva à Constituição (...) não pode irradiar-se nenhum direito subjetivo”<sup>246</sup>. Disso, o que se extrai que é vedado o nepotismo na nomeação de cargos comissionados.

Ainda, se afirmou que o normativo não exprime afronta à separação dos poderes e nem ao princípio federativo, porque não submeteu o Poder Judiciário aos outros dois Poderes e que também não invadiu a competência do Poder Legislativo federal ou dos estaduais, vez que apenas positivou o exercício da competência reservada pela Constituição ao CNJ<sup>247</sup>, não havendo “violência aos dogmas da separação dos poderes e da Federação”, como também não observa “ofensa alguma à isonomia”<sup>248</sup> e

---

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Relator, fl. 37-38.

<sup>244</sup> “O juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade, sobretudo. Quero dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado”. E completa: “(...) clara razão de que a interpretação dos mencionados incisos tem que ficar adstrita à exegese dos comandos que se lê no *caput* do mesmo art. 37 (...) princípios reitores de toda a Administração Pública, adequadamente pinçados e debulhados pelo ato normativo *sub judice*. (...) Não se tratando, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público.” fl.38. Neste final da passagem, o Ministro parece excepcionar os casos de servidores efetivos que são nomeados para cargo comissionado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Relator.

<sup>245</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Eros Grau, fl. 47.

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, fl. 57.

<sup>247</sup> Ministro Ayres Britto.

<sup>248</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence. *Idem*, fl. 117.

também, que a Resolução “preserva a força normativa da Constituição da República”<sup>249</sup>.

Nesse ensejo, foi explicado<sup>250</sup> que o CNJ positivou matéria afeta à *reserva da norma*, vez que estabeleceu sobre uma matéria que não necessita ser versada por lei formal, podendo o ser por norma elaborada pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário e que o assunto deveria ser regulado por cada órgão, no âmbito de sua respectiva competência e que, mas não o foi, o CNJ editou a Resolução, substituindo a iniciativa dos órgãos do Poder Judiciário.<sup>251</sup>

Aqui importa pensar que este também é um dos argumentos de defesa quanto à necessidade da elaboração da S.V. N.13, como instrumento constitucional utilizado pelo STF, na opinião de alguns, devido à omissão do Legislativo e também do Executivo.

Nesse diapasão asseverou-se que a Resolução veio para “remediar os danos causados pela prática em si” e também para “prevenir os riscos que esse dano” venha causar, o que poderia “ser feito apenas mediante a edição de ato com caráter normativo e de sentido geral”<sup>252</sup> e que a normativa é decorre do princípio da moralidade.<sup>253</sup>

Além disso, vale destacar que ainda se lembrou<sup>254</sup> que incumbia ao STF naquela “sede de controle abstrato de normas tão-somente aferir a constitucionalidade da Resolução n. 07/05” e não “esmiuçar cada qual das suas teóricas possibilidades de incidência, menos ainda os particularizados efeitos de sua aplicação em concreto”.<sup>255</sup>

A partir de então, foram suscitados dois pontos que ensejariam “ajustes no ato normativo”<sup>256</sup> o primeiro, referente a “parente por afinidade até terceiro grau”<sup>257</sup> e o

---

<sup>249</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Celso Mello, fl. 100. Além de repulsar o nepotismo com base no princípio da moralidade, principal esteio do seu voto.

<sup>250</sup> Ministro Eros Grau.

<sup>251</sup> Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim: “A iniciativa das leis dessa natureza é do Tribunal de Justiça, e nenhum Tribunal de Justiça, salvo o do Rio Grande do Norte, providenciou a emissão da sua iniciativa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro, fl. 121.

<sup>252</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Ministro Cezar Peluso, fl. 56.

<sup>253</sup> A Ministra Ellen Gracie dispôs: “(...) no estrito exercício dessa atividade de verificação ou guarda da própria constitucionalidade dos atos administrativos expedidos pelos tribunais (...) ao considerar a *nomeação de parentes por magistrados uma conduta atentatória ao princípio da moralidade* (C.F., art. 37, caput)” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, fl. 83. Assim, quanto à legalidade da Resolução do CNJ os Ministros apresentaram os mais variados argumentos quanto à sua legalidade, desde que decorre de órgão competente, do princípio da moralidade e da normativa constitucional, até que resulta da omissão de outros órgãos e trata de matéria de reserva de norma.

<sup>254</sup> Ministro Britto.

<sup>255</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Relator, fl.43. Contudo, tal entendimento não foi assentado quando da edição da SV 13.

<sup>256</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Relator, fl. 44.

segundo que atinente à inclusão do vocábulo “chefia” à Resolução.

Quanto ao primeiro ponto, que:

(...) a Resolução nº 07/05, ato normativo que tenho como de natureza primária, podia mesmo fazer do terceiro grau de parentesco consanguíneo um critério de inibição ao “nepotismo”. Impedida estava, no entanto, de criar um novo grau de parentesco, por afinidade, devido a que essa matéria é de caráter civil, reservada pela Constituição à competência do Poder Legislativo Federal. E o fato é que ela (Resolução n. 07/05) distendeu as fronteiras do parentesco para incluir “parentes de 3º grau” por afinidade, ultrapassando, assim, o instituto do *cunhado*. Daí a necessidade de emprestar-se interpretação conforme aos incisos do art. 2º da Resolução nº 07 do CNJ, para restringir o parentesco por afinidade da linha colateral “aos irmãos do cônjuge ou companheiro”<sup>258</sup>.

Pois:

(...) os atos do CNJ estão necessariamente vinculados, por hierarquia normativa dentro do plano das leis de âmbito nacional, dentre outras à Lei n. 10.406/02, que instituiu o vigente Código Civil (...) precisamente de acordo com as premissas antes referidas, as normas desta Resolução devem ser interpretadas à luz do Código Civil<sup>259</sup>.

Todavia, este argumento não prevaleceu e nem foi aplicado à construção da SV n.13, embasada por tal Resolução, pois os entendimentos contrários, expostos pelos demais Ministros, prevaleceram, vez que ao revés, afirmou-se que o STF não deveria discutir sobre o grau de parentesco disposto na Resolução à luz do Código Civil, pois “a questão de parentesco definida no Código Civil é para efeitos civis” e no julgado visava-se “a vigência absoluta do princípio da impessoalidade,” tendo em vista a “impessoalidade efetiva”, não se podendo deixar em aberto, senão a impessoalidade seria “rompida exatamente por esse caminho”.<sup>260</sup>

Nesse esteio, foi dito que o problema não seria “definir quais são os parentes para efeitos civis, mas definir quais aquelas pessoas que, sob a classe da parentela, tendem a ser escolhidas, não por interesse público, mas por interesse de caráter pessoal”,<sup>261</sup> pois se devia focar em “uma relação familiar, ainda que, para os efeitos do

---

<sup>257</sup> Ministro Britto.

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro Relator, fl. 44.

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Trecho do voto do Ministro *Gilmar Mendes*, fl. 79. O Ministro, desta feita, se manifestou de maneira legalmente adequada quanto ao tema, mas não foi acompanhado por seus colegas.

<sup>260</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Ministro Nelson Jobim, fl. 62.

<sup>261</sup> Assim, o Ministro Relator adere à questão, que havia de início se manifestado pela incongruência, se posicionando no seguinte sentido: se os Colegas entendiam que “a resolução nada mais fez do que transformar o terceiro grau de parentesco num simples critério de inibição” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Ministro Relator, fl. 63.



Código Civil, não seja chamada de parentesco”<sup>262</sup> e que, como não “há conceito constitucional de parentesco ou da extensão do parentesco”, a “uma norma infraconstitucional válida” seria “dado atribuir, para determinados efeitos, conceitos diversos daquele insculpido no Código Civil”.<sup>263</sup>

O segundo item ressaltado foi que se deveria incluir o vocábulo ‘chefia’ na resolução, por meio da interpretação conforme, visto que, embora não tenham sido mencionados por ela, os cargos em comissão e as funções de confiança foram vinculados pelo texto constitucional não apenas quanto às atribuições de direção e assessoramento, mas também de chefia, de acordo com o disposto no inciso V do art. 37.

Por fim, tem-se como única argumentação dissidente, a indeferir a medida cautelar<sup>264</sup>, que o CNJ não possui poder normativo para editar a Resolução, pois não há “base constitucional” para que ele possa “normatizar, de forma abstrata, substituindo-se ao Congresso”, nem a liminar poderia ser concedida com tais “contornos maiores”, uma vez que não só suspende “atos jurisdicionais já formalizados”, mas “vai-se além, para colocar em segundo plano uma garantia constitucional básica, a do livre acesso ao Poder Judiciário, a qual decorre do disposto no inciso XXXV do art. 5º da Carta de 1988”<sup>265</sup>.

Feita a análise do julgado quanto a cautelar da ADC, passa-se ao julgado quanto à apreciação do mérito da ação, que “não animou a Corte a novos debates ou aprofundamentos”<sup>266</sup>, mas declarou a constitucionalidade da Resolução do Conselho Nacional de Justiça<sup>267</sup>, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante<sup>268</sup>.

---

<sup>262</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Ministro Sepúlveda Pertence, fl. 63.

<sup>263</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Ministro Sepúlveda Pertence, fl. 118. Neste esteio, em prol da inibição ao nepotismo, vale, por meio de técnica de argumentação, criar ampliar o parentesco, por afinidade, diverso do restringido em lei. Os Ministros resolveram ser mais legalistas que a própria lei, fundados na observância dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade que regem a Administração Pública.

<sup>264</sup> Ministro Marco Aurélio. Que remonta ao voto proferido em sede da ADI n. 1.521-4/RS, também precedente da Súmula como este julgado. Vários Ministros fizeram referência ou aos seus próprios votos na referida ADI, ou ao dos seus colegas, para fundamentar os respectivos, proferidos no julgamento em voga.

<sup>265</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade. *MC - ADC n. 12-6/DF*, Ministro Marco Aurélio, fl. 89 - 90.

<sup>266</sup> MODESTO, Paulo. Nepotismo em Cargos Político administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte: Ed. Forum, ano 11, n. 41, abr./jun. 2013, p.30.

<sup>267</sup> O que não podia ser diferente, uma vez que o próprio Presidente do STF, também no julgamento da liminar já havia se pronunciado desta maneira: “Sabemos perfeitamente que, na tradição do Tribunal, as concessões da liminar praticamente são as decisões finais (...)” fl. 122.

<sup>268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. *ADC n. 12-6/DF*, Ementário n. 2387-1: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO

O julgamento do mérito da ADC assentou tudo aquilo já expresso no julgado referente à cautelar e, especialmente, o único argumento linear que se extrai dos votos de todos os Ministros, de que: ‘os princípios insertos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal são autoaplicáveis e que deles decorre o vedação do nepotismo’<sup>269</sup> e trouxe argumentos novos tão somente quanto à inclusão do vocábulo *chefia* na Resolução, por meio da ‘interpretação conforme’, pois restou notado<sup>270</sup>, ao revés do entendimento disposto na cautelar,<sup>271</sup> que é prescindível se realizar ‘interpretação conforme’ quanto aos termos “direção e assessoramento” dispostos na resolução, porque os cargos em comissão “são cargos de direção e assessoramento superior, portanto, inclui necessariamente o cargo de chefia”.<sup>272</sup>

Todavia, nem esse ponto, que não deveria suscitar dúvidas, tamanha clareza, não restou pacífico, pois ainda foi de outra banda, registrado que “seria bom que constasse ‘direção, chefia e assessoramento’<sup>273</sup> na redação da Resolução”.

#### *1.1.4 Recurso Extraordinário n. 579.951/RN*

O quarto precedente da SV n.13, não menos importante que o terceiro, trata de Recurso Extraordinário,<sup>274</sup> interposto em face de Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte<sup>275</sup> que considerou legais a nomeação de irmão de vereador municipal, para o cargo de Secretário de Saúde do Município e de irmão do vice-prefeito do Município como motorista da Prefeitura, vez que segundo o Colegiado recorrido, não havia: “(...) qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade na

---

PEDIDO(...)” fl.13. Relator Min. Carlos Ayres Britto, julgada em 20.8.2008 e publicada no DJ nº 237, de 18.12.2009. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 10.02.13.

<sup>269</sup> Tanto no julgado da liminar, seja no mérito da ADC, todos os Ministros elucidaram sobre o nepotismo e sobre os princípios, entretanto, não se remontou novamente aos pronunciamentos, uma vez que a maioria das argumentações já foi citada.

<sup>270</sup> Ministro Menezes Direito.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC n. 12-6/DF, Ministro Menezes Direito, fl. 16. Tanto que a Ministra Carmem Lúcia esclarece, logo na fl. 18 do julgado, que direção inclui a chefia.

<sup>272</sup> O Ministro Marco Aurélio, dissidente no julgamento da cautelar, aderiu à “colocação do ministro Menezes Direito.” quanto à desnecessidade da interpretação conforme (fl. 23) e o Ministro Gilmar Mendes, acompanhou o relator integralmente, mesmo tendo afirmado que entendia a proposição da desnecessidade da interpretação conforme. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC n. 12-6/DF.

<sup>273</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. ADC n. 12-6/DF. Ministro Cezar Peluso, fl. 27.

<sup>274</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE n. 579.951/RN, Ementário n. 2338-10: “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. REPROVIDO EM PARTE. I – (...) II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.”, fl. 1876. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.8.2008 e publicado no D.J. n. 202, de 24.10.1008, ajuizado pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte.

<sup>275</sup> Apelação à decisão de primeira instância, proferida na ação declaratória de nulidade de ato administrativo, pelo magistrado da 1ª Vara Cível da Comarca de Pau de Ferros/RN. Autos n. 2007.006909-8.

nomeação (...) para exercício, respectivamente, dos cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e de motorista”.<sup>276</sup>

A Corte Estadual afirmou: a uma, que a Resolução do CNJ não podia ser interpretada extensivamente e por isto não seria aplicável ao Poder Executivo e Legislativo; a duas, que a proibição do nepotismo “no âmbito desses poderes exige a edição de lei formal” e, a três, que a “nomeação de parentes de agentes políticos para o exercício de cargos de confiança ou em comissão não viola qualquer dispositivo constitucional”<sup>277</sup>, pois a Constituição dispõe sobre a livre nomeação e exoneração para estes cargos.

Entretanto, o Ministério Público, ao apresentar as razões recursais obtemperou que a decisão do TJ/RN é contrária ao “princípio da moralidade, abrigado no art. 37 da mesma Carta”; que não é “lícito dar-se aos seus incisos II e V<sup>278</sup> uma interpretação isolada, dissociada do que contém no *caput* do mencionado dispositivo<sup>279</sup>” e que “a proibição ao nepotismo decorre diretamente do referido princípio constitucional, sendo dispensável a edição de lei expressa nesse sentido”<sup>280</sup>.

Diante de tal embate, a Corte afirmou que “o entendimento agasalhado no acórdão recorrido” não merecia prosperar diante da força normativa dos princípios dispostos no art. 37 da Carta Federal, pois “a vedação ao nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade”<sup>281</sup>.

Ainda, explicitou não só sobre a aplicação do princípio da moralidade<sup>282</sup> como também sobre o nepotismo<sup>283</sup> e daí trouxe a lume o fato de que diversas leis vedam o

---

<sup>276</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1877.

<sup>277</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1877- 1878.

<sup>278</sup> Referentes à nomeação para cargo em comissão e função de confiança, que é, tanto quanto a exoneração, *ad nutum*.

<sup>279</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1878.

<sup>280</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1878. De acordo com o exposto pelo Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, os princípios coíbem “a nefasta e antirrepublicana prática do nepotismo” o Ministro explica que “os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e ‘positivamente vinculantes’, como ensina Gomes Canotilho.” fl.1888.

<sup>281</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1878. Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, fl. 1883. “(...) os princípios dentre os quais destaco o da moralidade e impessoalidade, exigem que o agente público pautar a sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera do poder ou nível político-administração da Federação em que atue.” fl. 1890.

<sup>282</sup> O Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, já no Relatório, afirma que a decisão do TJRN “contraria o princípio da moralidade” porque abarca a prática de nepotismo e a proibição deste “decorre diretamente do referido princípio constitucional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1878.

<sup>283</sup> O Ministro Relator, quanto ao nepotismo, além de afirmar, citando a obra de Sergio Buarque de Holanda que o nepotismo advém das “(...) origens da dificuldade de separação entre o público e o privado pelos detentores do poder em nossa sociedade (...)” fl. 1885. Ainda se refere à noção de nepotismo explicando que “Como se sabe, do ponto de

nepotismo no âmbito federal, mas que isto não significaria que a proibição possa ocorrer apenas por leis formais<sup>284</sup>, pois sua vedação está diretamente relacionada com a aplicação do princípio da moralidade e que o nepotismo, além de transgredir este, também infringe os princípios da impessoalidade e da isonomia<sup>285</sup> e, ainda, na maioria das vezes, o da eficiência.<sup>286</sup>

Nessa mesma linha, foi reafirmada a desnecessidade de lei formal para coibir o nepotismo, decorrente da aplicação do princípio constitucional da moralidade<sup>287</sup>, diante da aplicação imediata dos princípios do artigo 37 da Carta Federal, independente, portanto, de legislação infraconstitucional,<sup>288</sup> pois o princípio da moralidade, como assentado pelo próprio Tribunal, “condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais”.<sup>289</sup>

Nessa toada, também foi destacado que há “consenso social acerca da reprovabilidade”<sup>290</sup> da prática do nepotismo e que “(...) carece de plausibilidade a exegese segundo a qual o nepotismo seria permitido simplesmente porque não há lei que o proíba”, mas que não havia como prover integralmente o recurso, pois não cabia ao STF atuar como legislador positivo, não podendo, portanto, proibir o município de

---

vista etimológico, a palavra ‘nepotismo’ tem origem no latim, derivando da conjugação do termo *nepote*, significando sobrinho ou protegido, com o sufixo ‘ismo’, que remete à ideia de ato, prática ou resultado. A utilização desse termo, historicamente, advém da autoridade exercida pelos sobrinhos e outros aparentados dos Papas na administração eclesiástica, nos séculos XV e XVI da nossa era, ganhando, atualmente, o significado pejorativo do favorecimento de parentes por parte de alguém que exerce o poder na esfera pública ou privada.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1881-1882.

<sup>284</sup> “(...) os princípios constitucionais, longe de configurarem meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescriptivo e hierarquicamente superiores às demais e ‘positivamente vinculantes’, (...) como se reconhece atualmente, são sempre dotados de eficácia, cuja materialização pode ser cobrada judicialmente, se necessário.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, Ministro Relator, fl.1888.

<sup>285</sup> Em conformidade com os dizeres do Ministro Relator “Além da ofensiva à moralidade administrativa, a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigem concurso público, (...) fere o princípio da impessoalidade e, por extensão, o basilar princípio da isonomia, porque prevalece o nefasto ‘QI’, o popular ‘quem indica’ (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, Ministro Relator, fl.1892.

<sup>286</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, Ministro Relator, fl. 1890-1893. Ao afirmar que “no mais das vezes, a nomeação de parentes, dada absoluta inapetência destes para o trabalho e o seu completo despreparo para o exercício das funções que alegadamente exercem, vulnera também o princípio da eficiência, (...) num evidente desvio de finalidade, porquanto permite que o interesse privado, isto é, patrimonial, no sentido sociológico e também vulgar da expressão, prevaleça sobre o interesse coletivo”. fl. 1893. Também, que: “(...) o fato de que essa prática atenta não apenas contra o princípio da impessoalidade, como também o da eficiência, ambos inseridos no rol daqueles que devem nortear a ação dos agentes públicos.” fl. 1898. E ainda, que o princípio da eficiência obsta a “(...) histórica confusão que os administradores públicos, com honrosas exceções, têm feito entre patrimônio público e privado.” fl.1899.

<sup>287</sup> Ministro Menezes Direito.

<sup>288</sup> Ministra Carmen Lúcia.

<sup>289</sup> Ministro Celso Mello, como nos demais votos proferidos nos precedentes da Súmula ora em exame, inclusive citando o seu próprio voto, proferido da ADI 1.521/RS, torna a rechaçar a prática do nepotismo com base nos princípios constitucionais republicanos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1932-1933.

<sup>290</sup> Ministro Relator. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1896.

realizar certas nomeações<sup>291</sup>.

Declarou-se nula a nomeação do irmão do Vice-Prefeito como motorista, e a legalidade da nomeação do irmão do vereador para o cargo político de Secretário de Saúde, por não configurar “nepotismo cruzado”<sup>292</sup>.

Diante disse, os dois assuntos que mereceram debates inovadores neste quarto precedente da S.V n.13 foram, a distinção quanto à aplicabilidade do nepotismo no cargo administrativo e no cargo comissionado<sup>293</sup> e a possibilidade de se ter configurado o nepotismo cruzado.

Quanto ao primeiro ponto, foi elucidado:

(...) sobre a distinção entre cargo em comissão e função de confiança, de um lado, e, do outro, cargo de Secretário Municipal, Secretário de Estado, Ministro de Estado, portanto, cargos de natureza política, claro que eu não quis dizer que esses princípios do art. 37 – legalidade e moralidade – não se aplicam aos dirigentes superiores de toda a Administração Pública. Agora, os cargos aqui referidos no inciso V do artigo 37 são singelamente administrativos; são cargos criados por lei, não são nominados pela Constituição. Os cargos de Secretário de Estado, Secretário Municipal têm por êmulo ou paradigma federal os cargos de Ministro de Estado cuja natureza é política, e não singelamente administrativa. Diz a Constituição Federal sobre o Poder Executivo: o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado. Ou seja, os Ministros de Estado são ocupantes de cargos de existência necessária, política, porque componentes do governo. Aonde eu quero chegar? O Chefe do Poder Executivo é livre para escolher seus quadros de governo, mas não o é para escolher seus quadros administrativos, porque dentre os quadros administrativos estão os cargos em comissão, os cargos de provimento efetivo e as funções de confiança. A própria Constituição, sentando praça desse caráter constitucional, eminentemente político, dos Ministros de Estado – e isso vale no plano dos Estados-membros e no plano dos municípios, além de dizer os requisitos deles (...), diz o que basicamente lhes compete. Então, o assento, o *locus* jurídico dos auxiliares de governo é diretamente

<sup>291</sup> (...) não cabe a esta Corte, conforme pacífica jurisprudência, atuar como legislador positivo, sendo-lhe vedado inovar o sistema normativo, função reservada ao Poder Legislativo. O provimento integral do RE, com efeito, revelaria flagrante extravasamento de competências, com ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, Ministro Relator, fl. 1900.

<sup>292</sup> “Desprovejo-o quanto ao secretário de saúde. Entendo que não podemos, a partir do disposto na cabeça do art. 37 da Constituição Federal, glosar a escolha. E haveria, ainda, a problemática a que se referiu Vossa Excelência: o parentesco não é com o titular, não é com o vice-prefeito, não é com alguém ligado ao Executivo, com servidor ou agente político, mas com um vereador”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, Ministro Relator, fl. 1911.

<sup>293</sup> O Ministro Marco Aurélio foi o primeiro a trazer à baila a distinção da aplicabilidade do nepotismo ao servidor público e ao agente político. Um dos pontos mais relevantes deste julgado e criticável por alguns no que concerne ao verbete sumular. Segundo Paulo Modesto: “A mais grave das ressalvas foi germinada nas primeiras decisões da Corte sobre o tema nepotismo, a partir de uma distinção ausente do enunciado da súmula entre o *favorecimento familiar de agentes no provimento de cargos administrativos e no provimento de ‘cargos políticos’ ou ‘político-administrativos’*.” E completa, “Segundo essa interpretação, difundida amplamente sem os matizes presentes nos debates da Corte, a Súmula Vinculante *seria aplicável apenas a funções de confiança e cargos em comissão puramente administrativos, de livre nomeação e livre exoneração*. O provimento de *cargos públicos, mesmo os não eletivos*, não sofreria as limitações da proibição do nepotismo”. MODESTO, Paulo. *MODESTO, Paulo, Nepotismo em cargos político-administrativos. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte: Ed. Forum, ano 11, n. 41, abr./jun. 2013, p.11-12.

constitucional. A Constituição Federal a atestar o caráter o político do cargo e do agente. Por isso, o que decidimos no plano da ADC nº 12, e agora servindo de fundamento para a nova decisão, a proibição do nepotismo arranca, decola, deriva diretamente dos princípios do artigo 37, que são princípios extensíveis a toda a Administração Pública de qualquer dos Poderes, de qualquer das pessoas federadas. “Tudo isso na vertente, na perspectiva de cargos em comissão e funções de confiança, que tem caráter apenas administrativo, e não caráter político”.<sup>294</sup>

E, também:

(...) a Corte concordou – que os princípios do artigo 37 eram extensíveis a toda a Administração Pública, tive em conta a própria expressão “Administração Pública”, porque esses princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade vêm num contexto não de governo, não de poder político, mas de Administração Pública, ou seja, para exercício da atividade administrativa. A Administração Pública, aqui, parece-me, é segmento do governo. O governo é mais do que a Administração Pública, porque incorpora ingrediente político. Então, quando o art. 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC n. 12, porque o próprio Capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como, por exemplo, os de Secretário Municipal, são de agentes do Poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do art. 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos – é como penso – são alcançados pela imperiosidade do artigo 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os Secretários Municipais, que correspondem a Secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e Ministros de Estado, no âmbito federal<sup>295</sup>.

Dessa forma a distinção entre cargo político e cargo comissionado se tornou mais clara ao Tribunal.<sup>296</sup>

Porém, foi levantado o questionamento de como ficariam as situações dos Prefeitos Municipais que nomeiam vários parentes seus para assumirem cargos políticos de Secretários<sup>297</sup> e foi explicado que tais nomeações faziam parte da rotina inerente ao funcionamento do Poder Executivo e que se referia à formação do “quadro de governo”, não sendo aplicável a norma do inciso V do art. 37 (nomeação de cargo em

<sup>294</sup> Ministro Ayres Britto. Desta feita, manifestou-se pelo provimento do recurso apenas quanto à contratação do irmão do vice-prefeito como motorista da Prefeitura. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, Ministro Relator, 1912-1913.

<sup>295</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, Ministro Ayres Britto, fl. 1922-1923.

<sup>296</sup> E aos demais Ministros, que acompanharam a divergência e se manifestaram pelo provimento parcial do recurso. Tanto se tornou clara que o Ministro Menezes Direito ao proferir seu voto disse que fazia as mesmas restrições que haviam sido feitas pelos Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto: “Eu entendo que nessa circunstância não cabe a aplicação do princípio, não se trata aqui de nepotismo. Seria absolutamente impossível fazer essa vinculação. Todavia, tal não ocorre com o cargo de motorista, porque ele está sendo contratado para o gabinete do vice-prefeito, ele é funcionário da administração municipal também servindo o vice-prefeito, e aí fica evidente que está havendo a contratação de um irmão para a mesma repartição, para o mesmo local e até mesmo, um caso mais grave que me parece este, escapando do necessário concurso público, considerando que o cargo de motorista não é suscetível de contratação por via de cargo de direção e assessoramento superior.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1915-1916.

<sup>297</sup> Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, questionou ao Ministro Ayres Britto.

comissão).<sup>298</sup>

Mas mesmo assim foi manifesto um “certo receio” quanto ao assentamento, “com todas as letras, que em se tratando de Secretário Municipal, que é cargo político de livre nomeação, enfim, de confiança do prefeito, tal atitude seria lícita”, porque então o prefeito poderia colocar sua “esposa em um ‘cargo chave’ de Secretária de Governo, o que seria lícito à luz da proibição do nepotismo, do princípio da moralidade.”<sup>299</sup>

E nesse enredo foi manifesto o entendimento de que seria inviável permitir que os Chefes do Poder Executivo pudessem nomear quem quisessem, pois: “Não existe liberdade absoluta em espaço algum, senão o governante poderia escolher apenas os seus familiares para todos os cargos. E por ser cargo político, isso seria permitido? De modo algum”<sup>300</sup> e, que também os “membros de Poder são pessoas que não titularizam cargo em comissão”<sup>301</sup> e por isto não haveria que se falar em nepotismo quanto a eles.

E o nepotismo foi excepcionado quanto aos cargos de natureza eminentemente política citando-se que Bobby Kennedy, irmão do Presidente dos Estados Unidos, John F. Kennedy, compunha seu governo<sup>302</sup>.

Por fim, o segundo ponto a ser trazido à pauta da discussão foi o “nepotismo cruzado” explicado como troca de favores entre autoridades dos poderes, que de forma recíproca nomeiam os seus parentes<sup>303</sup>.

---

<sup>298</sup> Resposta do Ministro Ayres Britto.

<sup>299</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1925. A preocupação do Relator quanto ao entendimento do Ministro Britto é quanto à aplicabilidade da tese na prática, especialmente dos municípios pequenos, onde o perigo de ocorrerem estas nomeações é ainda maior.

<sup>300</sup> Ministra Carmem Lúcia. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1925.

<sup>301</sup> “Tanto que não contam esse prazo, por exemplo, para efeito de aposentadoria. É um regime jurídico realmente diferenciado. Mas tenho certeza de que é por essa via que se pode abrir uma cunha extremamente perigosa”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1920.

<sup>302</sup> Ministro Gilmar Mendes: “É tradição mundial (...) e, no próprio plano nacional, muitas vezes, parentes ou irmãos fazem carreiras paralelas e estabelecem um plano eventual de cooperação – temos governadores e secretários de Estado -, sem que haja qualquer conotação de nepotismo. Parece-me que devemos, então, ter cuidado quanto à fixação. (...) A vinculação há de ser com o titular ou titulares do cargo de que se cuida na relação com a Administração”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1939. Conforme o entendimento de João José Leal e Rodrigo José Leal, esta compreensão do Ministro sinaliza “(...) uma contraditória hermenêutica da Corte de Justiça sobre a matéria, que procurou justificar a legitimidade dessa infeliz hipótese de exceção à regra com o exemplo dos irmãos Kennedy.” E, assim, concluem que: “Parece que ainda não superamos a velha e discutível filosofia tupiniquim de que ‘o que foi uma vez bom para os Estados Unidos, é bom também para o Brasil’”. João José e LEAL, Rodrigo José. Supremo Tribunal Federal e o *Nepotismo Top*. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v. 5, n. 26, out./nov. 2008, p 23. Quanto a este argumento, resta claro e inequívoco, que desde o início os Ministros assentaram o entendimento de que a vedação ao nepotismo é aplicável à esfera administrativa, mas não à política, ou seja, apenas ao âmbito da administração e não ao de governo, mesmo sendo tal prática contrária ao princípio republicano e, nesse esteio, posteriormente, editaram a SV.13, aplicando a moralidade restritivamente à nomeação do cargo comissionado, escusando, assim, o cargo público e, ensejando, no caso do nepotismo, que “quem pode o mais, não pode o menos”.

<sup>303</sup> Após o voto do Ministro Cezar Peluso, o Ministro Relator realizou ajustamento ao seu voto, provendo em parte o Recurso, estando excluída a situação do Secretário de Saúde como prática de nepotismo. *Ibidem*, fl. 1929. E ainda

Desta feita, o nepotismo cruzado, juntamente com o tema nepotismo inaplicável ao cargo político, configuram os debates mais importantes observados neste precedente a fundamentar a elaboração da SV n.13<sup>304</sup>.

Expostos os precedentes da Súmula em questão,<sup>305</sup> imprescindível passar à apreciação dos debates travados entre os Ministros quanto à edição do verbete sumular e sua respectiva redação, com o fito não apenas de demonstrar que o STF reconstruiu a noção de nepotismo como também por que editou a SV n.13.

## 1.2 Os debates do Supremo Tribunal Federal sobre a SV n.13.

Nesse tópico são enfocadas as argumentações expostas pelos Ministros nos debates ocorridos em duas sessões plenárias<sup>306</sup> do STF, em que o tema sobre a edição e aprovação da Súmula foi tratado, a fim de compreender não apenas a própria elaboração da Súmula, como também o sentido e a interpretação que foram dados pelos Ministros a algumas palavras e expressões dispostas em seu corpo textual, que causaram dúvidas e polêmicas no meio jurídico, tais como: “parente por afinidade, até terceiro grau, inclusive” e “pessoa jurídica”, tratadas na primeira e segunda sessão, respectivamente.

O primeiro debate foi iniciado<sup>307</sup> a partir da análise sobre o grau de parentesco, sob o argumento de que o limite do parentesco face à vedação do nepotismo deveria ser “até o terceiro grau”, pois a redação da Resolução n. 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça<sup>308</sup> e da maioria das legislações estaduais veda a prática do nepotismo até o

---

ressaltou que existem outras possibilidades de nomeação, realizadas para agradar, que não configuram nepotismo, mesmo infringindo a moralidade, como a nomeação de parente de amigo da autoridade, *verbis*: “(...) existe, também, a hipótese em que se nomeia terceiro, que não tem parentesco com nenhum agente público, mas tem parentesco com quem seja amigo do nomeante. Isto é, qualquer autoridade pode nomear alguém para o cargo em comissão atendendo a amigo, e isso não é alcançado pela restrição do princípio da impessoalidade. Não se sabe o que se passa na subjetividade do nomeante: se é para atender a este ou aquele.”, fl. 1928. Segundo os ensinamentos de Celso Mello em seu voto neste RE: “Cabe preservar, desse modo, as relações que os conceitos de espaço público e espaço privado guardam entre si, para que tais noções não se deformem nem provoquem a subversão dos fins ético-jurídicos visados pelo legislador constituinte”, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 579.951/RN*, fl. 1936. Neste sentido que Antônio Arnaldo Dal Pozzo questiona o porquê de o ordenamento tratar de maneira tão diferente o parente e amigo íntimo, “(...) quando se trata de (livre) nomeação para cargo em comissão (isto é, permitindo a nomeação do amigo íntimo e impedindo a do parente)? Ainda mais quando se considera que, no âmbito do Poder Executivo, a questão da amizade, do sectarismo, do partidarismo te, influência decisiva?” DAL POZZO, Antônio Arnaldo. O nepotismo no Poder Executivo. In: *Boletim de Direito Municipal – BDM*, Editora NDJ, vol. 24, n. 8, ago. 2008, p.599.

<sup>304</sup> E voltam a ser discutidos tanto nos debates anteriores a elaboração dela, como posteriormente à sua edição.

<sup>305</sup> O que Antônio Maués discorda porque segundo ele a Súmula editada pelo STF provém de um único precedente: “Apesar de, rigorosamente, contar com um único precedente, o STF decidiu usar a Resolução nº 7 do CNJ sobre o nepotismo como base da redação da súmula, tendo em vista sua decisão na ADC nº 12.” Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 8, jul./set. 2009, p. 93.

<sup>306</sup> 21ª ordinária e 28ª extraordinária ocorridas respectivamente, no dia 20 e 21.08.2008. A íntegra da ata da sessão foi publicada pelo STF no DJE nº 214/2008, fl. 20-21, cuja divulgação ocorreu na terça-feira, 11.11.2008 e a publicação na quarta-feira seguinte, 12.11.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob> o número 314372.

<sup>307</sup> Pelo Ministro Marco Aurélio.

<sup>308</sup> Que neste momento já havia sido submetida à apreciação do Tribunal, por meio do julgamento da ADC n. 12, como visto anteriormente, um dos precedentes da Súmula *in casu*.



terceiro grau de parentesco.<sup>309</sup>

Contudo, nesse primeiro momento, os Ministros ainda não haviam conectado a limitação de parentesco à “afinidade até o terceiro grau” e, então, foi suscitada a possibilidade de o “parentesco” abarcar os familiares consanguíneos, adotivos e afins<sup>310</sup>, até o terceiro grau, ficando, dessa forma, assentado tal entendimento sobre o terceiro grau de parentesco por afinidade.<sup>311</sup>

A essa altura a discussão se voltou<sup>312</sup> a um foco preliminar e imprescindível a nortear o debate jurídico, qual seja, que a “tese” disposta pela Súmula Vinculante deveria apenas positivar a proibição do nepotismo como consequência dos princípios dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, mesmo porque, poderia haver além da Resolução n. 07/2005 do CNJ, base da discussão para a edição da Súmula<sup>313</sup>, outras leis, até mais rigorosas que a Resolução e que, nem por isso, seriam inconstitucionais.

Nesse esteio, foi lembrado que o intuito daquele colegiado não era definir a questão com grande precisão, mas elaborar uma orientação sumular que diminuísse as demandas judiciais envolvendo nepotismo<sup>314</sup>, e que assim, a Súmula poderia ser previamente aprovada, mas que a sua redação, diante das dúvidas postas em plenário, deveria ser aprimorada, o que necessitaria de um maior tempo, especialmente pela necessidade de compatibilizar o disposto na Súmula à legislação já existente<sup>315</sup>. Mas tal sugestão não foi absorvida pelo colegiado, pois restou acertado que, diante da

---

<sup>309</sup> Segundo o então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Carmem Lúcia. Perceba-se, a vedação já existia nas diversas leis infraconstitucionais estaduais e nenhuma dúvida ou controvérsia quanto à grande maioria delas tinha sido levada ao STF, salvo a Emenda à Constituição do Rio Grande do Sul, objeto da ADI que constitui o primeiro precedente da Súmula. E observe-se que, até este momento, os Ministros ainda não haviam “pensado” na limitação do parentesco constante na Súmula “por afinidade até o terceiro grau”.

<sup>310</sup> Posicionamento do Ministro Cezar Peluso ao interromper o Ministro Menezes Direito, que ressaltava a impossibilidade de a Súmula tecer minúcias.

<sup>311</sup> Os Ministros não retornaram mais ao tema e apenas ao final do segundo dia de debate é que passaram pelo assunto ao tratar do vocábulo ‘inclusive’.

<sup>312</sup> Pelo Ministro Menezes Direito.

<sup>313</sup> “Pode acontecer, Ministro Gilmar, e isso não é impossível, que haja uma lei, por exemplo, estadual que seja mais rigorosa que a resolução do Conselho, e essa lei nem por isso seria inconstitucional. Tenho a impressão de que estamos aprovando uma súmula que, do ponto de vista constitucional, é uma tese. Qual é a tese do ponto de vista constitucional? É dizer que o nepotismo está dentro da cabeça do artigo 37, ou seja, dentro do princípio da moralidade, e que ele independe de lei formal, ele decorre diretamente da Constituição. Então me parece que, do ponto de vista até do conteúdo da súmula, a expressão “nepotismo” tem mais força, e nós escapamos dessa discussão, que não é pertinente, a meu ver, pelo menos agora, de dizer parentesco até que grau se aplica o Código Civil, se não aplica.” “Pode acontecer, Ministro Gilmar, e isso não é impossível, que haja uma lei, por exemplo, estadual que seja mais rigorosa que a resolução do Conselho, e essa lei nem por isso seria inconstitucional.” DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl. 20.

<sup>314</sup> Pelo Ministro Gilmar Mendes que concordou com o Ministro Menezes Direito: “E não há necessidade de definir com maior precisão, porque queremos que essa orientação seja aplicada e que dê, tanto quanto possível, ensejo a um número menor de reclamações.” DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl. 20. Segundo artigos lidos, que serão objeto de apreciação mais adiante, a Súmula não provocou tal diminuição de demandas judiciais, como pretendido pelo STF.

<sup>315</sup> “Diante de tantos embargos e dúvidas que surgem, proponho que consideremos a proposta da súmula previamente aprovada, mas que nos dediquemos à sua redação”. DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl. 20.

“importância da matéria” e da “relevância social e política do tema”<sup>316</sup>, a discussão “deveria ficar para o dia imediatamente posterior,” sendo encerrada a sessão.<sup>317</sup>

Aberta a 28ª sessão extraordinária do plenário<sup>318</sup> retornou-se ao assunto referente à proposta de Súmula concernente ao “parentesco no serviço público” e, assim, a proposta apresentada quanto à redação sumular,<sup>319</sup> ao contrário do sugerido, teve minúcias e seguiu a redação da Resolução do CJN n. 7/2005, que embasou não só a sua elaboração, como também fundamentou seu texto expresso.<sup>320</sup>

E isso que se extrai da comparação da primeira proposta com a nova redação,<sup>321</sup> vez que enquanto a anterior dispunha que:

A proibição do nepotismo na Administração Pública, direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independe de lei, decorrendo diretamente dos princípios contidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

A sugerida foi:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor do mesmo órgão investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendendo ajuste mediante designações recíprocas, viola o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Todavia a redação final foi diversa dessa última e, ainda, divergiu da própria Resolução, apresentando uma versão mais complexa e polêmica:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a

<sup>316</sup> O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro a discordar da necessidade do “maior tempo”. DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl. 20.

<sup>317</sup> Todos assentiram quanto a isso, mas a Ministra Carmem Lúcia, ao concordar, como por milagre, lembrou que a Lei Federal nº 8112/90 vedava o nepotismo, já que até o momento, nenhum dos Ministros havia feito menção à normativa em questão, que cuja abrangência da proibição é bem mais restrita que a S.V n.13 em todos os sentidos. Nesse enredo o Ministro Menezes Direito ressaltou que embora a proibição do nepotismo emane “diretamente da Constituição” isto “não invalida a possibilidade de legislação específica sobre o tema”. Ministro Gilmar Mendes: (...) E vamos também tentar resolver a questão (...) concernente à compatibilização dessa regra comum a eventual disciplina constante de lei estadual ou municipal. (...) A partir de hoje trabalharemos no texto definitivo desta súmula, se for assim entendido”. DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl.21.

<sup>318</sup> A íntegra da ata da sessão foi publicada pelo STF, no DJE nº 214/2008, fl. 21- 24, cuja divulgação ocorreu na terça-feira, 11.11.2008 e a publicação na quarta-feira seguinte, 12.11.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob> o número 314372.

<sup>319</sup> Expressão do Ministro Ricardo Lewandowski, DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl. 21.

<sup>320</sup> Por isto é que a ADC n. 12 é o principal precedente da Súmula Vinculante ou, ao menos, a mais relevante em sua construção.

<sup>321</sup> Ambas do próprio Ministro Ricardo Lewandowski.

Dessa feita, a expressão “mesmo órgão”, foi substituída por “mesma pessoa jurídica” e a referência ao “art. 37, *caput*” foi suprimida da redação, ensejando, ambas as alterações, discussões tanto quanto à amplitude que a pessoa jurídica abarca<sup>322</sup>, como quanto à extração da referência ao artigo *caput* do artigo 37, único ponto incontroverso da redação da S.V. n.13, vez que em todos os julgados de seus precedentes foi assentada que a proibição do nepotismo decorre dos princípios constitucionais expressos em tal artigo.

A discussão, iniciada pela proposta de inclusão da ADI n. 1.521 como precedente da Súmula<sup>323</sup> e também do art. 37 da Constituição Federal como referência da SV n.13<sup>324</sup>, se volta à expressão “no mesmo órgão”<sup>325</sup>, sob a alegação de que tal expressão poderia ensejar uma interpretação equivocada de que a vedação não alcançaria as entidades da administração indireta, mas tão somente os órgãos da administração direta, fazendo parecer que o nepotismo estaria proibido apenas nesta e não naquela, o que levou a se optar por “mesma pessoa jurídica”, em substituição a “mesmo órgão” para que a vedação ficasse mais ampla<sup>326</sup>.

Entendimento esse, que se fundamentou no fato de ser necessário vedar o nepotismo em toda a sua extensão e ser imprescindível limitar o poder de nomeação do titular do Poder Executivo, que diretamente ou por delegação é a autoridade que “nomeia tudo”.<sup>327</sup> E, ainda, interpretaram “mesma pessoa jurídica” como “Poder” e não

<sup>322</sup> Estando, por exemplo, vedado o nepotismo na União.

<sup>323</sup> Ministro Marco Aurélio.

<sup>324</sup> O assunto foi posteriormente retomado pelo Ministro Ricardo Levandowski, acompanhando a sugestão do Ministro Marco Aurélio, opinando que fosse subtraída a menção ao artigo 37 e ficou acertado entre tais Ministros e os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes que a redação ficaria “viola a Constituição Federal” e que o art. 37 seria posto como referência. Ainda, discutiram onde a expressão deveria estar posta no corpo do texto, mas permaneceu na forma da proposta inicial, no final do verbete sumular. DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fls. 22-24.

<sup>325</sup> É a mesma disposta na Resolução n. 07/05 do CNJ. “EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – ‘mesmo órgão’ (...) a administração pública é um conjunto de órgãos. Por exemplo, não se nomeia para este órgão, mas se nomeia para outro órgão onde não há a pessoa e, aí, não é nem uma contratação cruzada. Aí é apenas a relação hierárquica de chefia, e não é isso. O nepotismo proíbe que se utilize a questão pessoal para nomeações e, aí, não é o órgão. EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sim, Vossa Excelência está propondo substituir ‘órgão’ por que palavra? EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Estou apenas questionando exatamente o significado disso aqui. Porque, em uma administração pública, inclusive direta e indireta, pode-se se entender que “está vedado na administração direta e para outra entidade da indireta, nomear.” DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl.22.

<sup>326</sup> Expressão do Ministro Cezar Peluso. “... servidor da mesma pessoa jurídica...”. “Fica mais amplo”. DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl.22.

<sup>327</sup> Pelo Presidente Gilmar Mendes e pela Ministra Carmem Lúcia, ao debaterem sobre o tema. Expressão da Ministra. *Ibidem*, fl. 22. EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – A minha observação seria em relação à autoridade nomeante. Porque, hoje, nós temos um regime tal em que pelo menos o Chefe do Poder Executivo... EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nomeia tudo. (...) EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ele pode delegar, mas, de toda sorte, aí não se tem essa vinculação e, portanto, estaria excluído disso daqui. Não é a preocupação de Vossa Excelência?” (...) fl.22 A partir daí, constata-se que a intenção dos Ministros era vedar as nomeações dentro de um mesmo Poder e,

como Ente Federado que detém personalidade jurídica de direito público<sup>328</sup>.

Entretanto, tal questão levou à defesa da utilização de “órgão” em substituição à “pessoa jurídica”, mas não convenceu.<sup>329</sup>

Igualmente, em meio à questão exposta, foi lembrado que a expressão utilizada não abarcaria “todas as hipóteses da realidade fática” e que haveria a necessidade de se analisar cada caso concreto especificamente.<sup>330</sup>

A outra expressão - disposta na minuta da SV n.13 - debatida pelos Ministros foi “parente em linha reta, colateral ou por afinidade até terceiro grau, inclusive”. Contudo, trataram apenas do sentido da palavra “inclusive”, que permaneceu a indicar que está vedada a nomeação de parente até o 3º grau de servidor ocupante de cargo em comissão ou autoridade nomeante, na mesma pessoa jurídica em que estivessem lotados.<sup>331</sup> Dessa forma os Ministros deixaram implícito que aí se incluía o parentesco

---

especialmente, do Poder Executivo. “EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Mas acho que a ideia é abranger, na verdade, a pessoa jurídica. Porque, se houver intervalos nas relações, por exemplo, entre o prefeito, ele não pode nomear nem - parece que isso decorre do espírito - no seu gabinete, nem na secretaria de fazenda. Então tem a vantagem. EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Exatamente. São dois órgãos diferentes. EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Tem essa vantagem, é mais amplo. EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – É esse o espírito, parece-me, não é?” DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl. 22.

<sup>328</sup> No lastro do disposto pela Ministra Carmem Lúcia, que objetivava aprimorar a expressão, mas conseguiu piorá-la, questiona-se se não seria mais adequado, já que optaram por uma redação com tantas especificações, escolher por “no mesmo órgão ou mesma entidade”, pois abarcaria a vedação do nepotismo dentro do mesmo órgão da administração direta e da mesma entidade da indireta, e até mais coerente, pois a Ministra Carmem Lúcia havia dito ao suscitar o debate: “que visava evitar que se interpretasse que a vedação seria apenas para os órgãos da Administração Direta”. A Súmula, na forma que está, veda aquilo que é nepotismo e também o que não é, como a nomeação de um parente do servidor público ou da autoridade, em órgão ou entidade diversa e cuja autoridade nomeante é do outro órgão ou entidade. No caso do chefe do Poder Executivo nomear, seria só observar se ele ou alguém a quem ele delegou a competência (competência esta que pode ser avocada) infringiu a vedação nomeando um dos seus parentes para ocupar cargo no poder executivo do qual é titular, ou se houve nepotismo cruzado com o poder legislativo ou judiciário.

<sup>329</sup> EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Parece-me que aqui o Ministro Lewandowski levou em conta a redação do Estatuto do Regime Jurídico Único, Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União, ao dizer “... do mesmo órgão investido em cargo de direção...”. EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Exatamente. EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Ainda acho que ‘órgão’ fica melhor do que ‘pessoa jurídica’. A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas ‘órgão’ fica só ‘aquele órgão’. (...) EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – A pessoa jurídica da União. Compreende toda a Justiça Eleitoral do Brasil, em todos os Estados, aqui no TSE. Acho que ‘órgão’ está mais de acordo com esse imediatismo de vínculo entre o nomeante e o nomeado.” *Idem*, fl. 23. E, após ouvir a Ministra Carmem Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ayres Britto entendeu que os Ministros visavam dar uma interpretação mais ampla à expressão “pessoa jurídica”. “EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Ou seja, a proibição se faz mais rígida. EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Nem na secretaria da saúde, nem na secretaria da administração. São dois órgãos diferentes. EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Se o espírito é esse, está melhor. A proibição se faz mais rígida e é muito mais difícil de fraude, de contorno. Está melhor assim: ‘pessoa jurídica’.” DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl. 23.

<sup>330</sup> Expressão do Ministro Ricardo Lewandowski, DJE nº 214/2008, *Ata da sessão*, fl. 22. Argumentação essa que contraria uma das finalidades da Súmula: uniformizar uma solução às diversas controvérsias jurídicas. E o que houve, na realidade, é que a Súmula impactou, mas não extirpou de vez o nepotismo. Tanto que continuam a existir situações esdrúxulas após a edição da Súmula, que resultou na necessidade de se editar um Decreto Presidencial, a fim de delimitar o seu alcance da Súmula, como se verá também pelo exposto nos próximos tópicos.

<sup>331</sup> *Ibidem*, fl. 23. E assim, concluem o debate elencando os precedentes da Súmula, seu número e redação, ao passo que, por fim, o então Excelentíssimo Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, após a manifestação

por afinidade em terceiro grau.

Lastreado nos precedentes e debates em questão, o STF editou a SV n.13, construindo, a partir dela, a noção judicial de nepotismo e de sua vedação.

### **1.3 Asserções sobre a elaboração da SV n.13 e a construção normativa da vedação do nepotismo pelo STF.**

Nesse tópico busca-se sintetizar os argumentos mais importantes em cada um dos precedentes da Súmula e, assim, dentre eles, observar qual é o fundamental e, ainda, se os debates travados pelos Ministros nas sessões plenárias retornaram a todos os elementos tratados nos precedentes quanto à vedação do nepotismo ou não, com o fim de demonstrar sob qual fundamentação o STF editou a SV. em questão e como elaborou, judicialmente, a construção da vedação do nepotismo.

A ADI n. 1521-4/RS, primeiro precedente da SV n.13, foi julgada improcedente pelo STF sob o único argumento unânime<sup>332</sup> de que a vedação do nepotismo decorre da observância aos princípios constitucionais do *caput* do seu art. 37<sup>333</sup> e apenas por esse argumento é que se observa a similaridade entre este precedente e os demais que a lastreiam.

Mas, mesmo assim, pode-se questionar: a redação da SV n.13 guarda correspondência com a redação da Emenda Constitucional, objeto da ADI? A redação da SV n.13 foi lastrada na extensão da proibição do nepotismo disposta neste primeiro precedente foi seguida?

A resposta é negativa, já que a extensão da proibição expressa pela Emenda não é a mesma dada pela Súmula Vinculante, sendo aquela bem mais limitada que a obstada por esta, tanto quanto ao grau de parentesco (uma vez que a Emenda se limita ao 2º grau e a Súmula amplia a coibição ao 3º grau) como quanto à disposição daquele

---

argumentativa de cada um dos Ministros do STF quanto à aprovação da redação a ser dada ao verbete vinculante e, ao pronunciamento favorável manifesto pelo então Vice Procurador Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, aprovou a Súmula. *Ibidem*, fl. 23-24.

<sup>332</sup> Utilizado por todos os Ministros ao repudiarem a prática do nepotismo e reconhecerem a constitucionalidade da Emenda Constitucional do Rio Grande do Sul que veda o nepotismo.

<sup>333</sup> Tanto que, embora tenha havido divergência dos Ministros quanto à “exclusão dos servidores efetivos do alcance da norma restritiva e sobre a extensão da limitação a apenas o órgão em que atuasse a autoridade nomeante ou todo o Poder”, assentaram seus votos pela constitucionalidade da Emenda Constitucional, embasados nos princípios constitucionais do *caput* do seu art. 37. MODESTO, Paulo. Nepotismo em Cargos Político administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte: Ed. Forum, ano 11, n. 41, abr./jun. 2013, p.28. Ainda, segundo o autor, mérito do STF nessa decisão foi: “acentuar que os princípios republicanos da isonomia, da moralidade no trato com a coisa pública, da impessoalidade da administração, da eficiência administrativa constituíam fundamento direto para o estabelecimento de restrições à livre nomeação de parentes a cargos de comissão em todos os Poderes, autorizando ainda o tratamento uniforme.” *Ibidem*, p.28.

que enseja o nepotismo (pois a Emenda delimita a autoridade e a Súmula acresce o servidor ocupante de cargo comissionado) e ao ‘campo’ que a proibição ao nepotismo é aplicável (enquanto a Emenda dispõe sobre ‘mesmo órgão’ a Súmula prevê ‘mesma pessoa jurídica’), embora tenham como similaridade redacional abarcarem os servidores efetivos.<sup>334</sup> Então, em que medida este julgado é precedente da S.V. n.13?<sup>335</sup>

Também, o segundo precedente da SV n.13, o MS n. 23.780-5/MA, teve como seu único fundamento linear, a vedação do nepotismo embasada pelos princípios do artigo 37 da Constituição Federal, especialmente o da moralidade.<sup>336</sup>

Contudo, há de se perquirir se o STF assentou na redação da SV n.13 os elementos sobre o nepotismo da mesma forma que analisada no MS.

A resposta também é contrária, pois a noção de nepotismo expressa na decisão do TCU, objeto do MS 2º é diversa da disposta na SV n.13: a uma, porque enquanto a decisão do TCU vincula a prática do nepotismo à autoridade nomeante, a Súmula além de realizar essa vinculação a estende ao servidor ocupante de cargo comissionado; a duas, porque enquanto a decisão do TCU exclui os servidores efetivos da vedação, a Súmula os inclui na sua regra geral coibitiva e; a três, porque enquanto a decisão do TCU veda o nepotismo aos servidores efetivos apenas quando subordinados diretamente ao seu parente, a Súmula é mais abrangente: veda tudo<sup>337</sup>.

E esse julgado pode ser considerado como precedente da Súmula, mesmo que o objeto do julgado trate dos elementos de nepotismo de forma diversa<sup>338</sup> da explicitada pela SV n.13?<sup>339</sup>

Esses dois julgados possuem como pontos em comum: a uma, a tratativa do parentesco de segundo grau<sup>340</sup>; a duas, o fato de o nepotismo ser vinculado à autoridade que nomeia parente a ocupar cargo comissionado<sup>341</sup> e, ainda; a três, o fato de que em

---

<sup>334</sup> Contudo, também existem críticas quanto a este elemento da SV n.13.

<sup>335</sup> Que será respondido mais adiante, quando se observará um dos requisitos da elaboração de uma Súmula Vinculante, a dita “jurisprudência reiterada”.

<sup>336</sup> Nas palavras de Paulo Modesto, nesse julgado, “muito pouco se tratou do próprio tema nepotismo”, mas mesmo assim, “foi o MS n. 23.780, como a ADI n. 1.521, considerado um dos precedentes imediatos da Súmula Vinculante n. 13”. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>337</sup> Não delimitando o nepotismo à subordinação do parente à autoridade ou servidor comissionado.

<sup>338</sup> Assemelha-se à disposição da Lei n. 8112/90, que determina em seu art. 117, VIII a proibição da prática do nepotismo pelos servidores públicos civis federais, conduta esta que é tipificada quando estes têm sob sua chefia imediata, cônjuge, companheiro e parentes de até segundo grau.

<sup>339</sup> É o que se verá mais adiante.

<sup>340</sup> Vedado pela EC n. 12/RS e tratado no MS, embora a decisão do TCU que ensejou o MS alcance parentes até o terceiro grau.

<sup>341</sup> Mesmo que o âmbito de atuação das autoridades nos julgados seja diferente, sendo seu domínio vedado em maior amplitude pela EC n. 12/RS do que pela decisão do TCU, o que se constata facilmente é que ambos os julgados, ao

ambos os casos o STF não estabeleceu critérios sobre o nepotismo, mas somente julgou a “adequação da legislação à Constituição, reconhecendo a liberdade do legislador para dispor sobre a matéria”.<sup>342</sup>

No mais, os precedentes se diferem, uma vez que, enquanto no primeiro a proibição abarcou os servidores efetivos, no segundo não; além disso, enquanto o nepotismo foi limitado ao “mesmo órgão” no primeiro precedente, no segundo foi “ao gabinete da autoridade”<sup>343</sup>.

Diante disso, há de se questionar: mesmo assim os julgados ensejam jurisprudência reiterada sobre a matéria, apenas porque os dois tratam de nepotismo e em ambos foi assentado o repúdio à prática do nepotismo, com base nas diretrizes principiológicas do *caput* do artigo 37 da Constituição da República?<sup>344</sup>

Do terceiro precedente da Súmula, a ADC n. 12/6 – DF, que parece ser o mais relevante deles<sup>345</sup>, observa-se que o nepotismo foi repudiado novamente pelo mesmo embasamento constitucional disposto nos outros dois precedentes: pelos princípios dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.<sup>346</sup>

Nesse enredo, o que se constata é que restou assentado pelo julgamento dos três precedentes que a proibição do nepotismo decorre dos princípios constitucionais

---

contrário da Súmula, se limitam a dispor sobre o nepotismo vinculado à autoridade e os Ministros proferem os seus respectivos votos, em ambos as decisões colegiadas, neste esteio.

<sup>342</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 8, jul./set. 2009, p. 93.

<sup>343</sup> O que demonstra que a noção de nepotismo em ambos os precedentes é diversa quanto a quem sofre a vedação e ao âmbito físico desta vedação. Pontos esse que são elementos conceituais que fazem parte da noção de nepotismo e por isso mesmo fazem a diferença quanto à própria.

<sup>344</sup> É isto que se responderá após analisar o quesito “jurisprudência reiterada” referente à edição de Súmula Vinculante.

<sup>345</sup> Pela primeira vez, o STF se pronunciou quanto ao vínculo de parentela especificamente quanto ao nepotismo, sendo este um dos pontos primordiais deste precedente. Contudo, o entendimento do STF se mostrou de forma díspar à expressa no Código Civil, vez que diferentemente deste, a fim de obstar atos personalistas, enfatizar a absoluta separação entre o público e o privado e moralizar a Administração Pública, estendeu o parentesco por afinidade ao terceiro grau. “(...) entendeu-se que a definição de parentesco consignada pelo Código Civil não é determinante para a exata compreensão da matéria, tendo em vista que não há norma constitucional tratando de definir o alcance de parentesco, bem como que a vedação do nepotismo tem de ter em vista o alcance mesmo das relações familiares. “(...) Assim, afasta-se por completo a limitada definição de parentesco presente no Código Civil, quando se está em jogo a proteção máxima a ser conferida pelo princípio da impessoalidade.” OLIVEIRA, George Felício Gomes de. Da análise da Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal: Alcance, Precedentes e Motivos Determinantes da Norma que Veda a Prática do Nepotismo no Brasil. In: *Revista dos Tribunais - RT*, v. 98, n. 890, p. 9-32, dez. 2009, p. 24-25.

<sup>346</sup> Vez que os Ministros assentaram que a vedação do nepotismo decorre da autoaplicação dos princípios da Administração, independentemente de lei infraconstitucional e, assim, que é desnecessária lei formal a regulamentar a vedação do nepotismo. Compreensão esta, clara e notória no julgado da liminar ADC, uma vez que quase a unanimidade dos Ministros (salvo o Ministro Marco Aurélio) acompanharam o pronunciamento do voto no Ministro Relator, no qual deixou claro a prescindibilidade de lei formal a regulamentar a proibição da prática do nepotismo.

que regem a Administração Pública<sup>347</sup>.

Igualmente, colhe-se que se aplica no âmbito do mesmo órgão<sup>348</sup> e, ainda, tanto no julgado do segundo como do terceiro precedente, que é prescindível lei formal a regulamentar a vedação do nepotismo.

Do entendimento assentado quanto à normativa, objeto do segundo precedente (MS), bem como da literalidade da normativa objeto do terceiro precedente (ADC), os servidores efetivos que fossem nomeados para ocupar cargo comissionado ou designados em comissão de confiança, só estariam em situação de nepotismo se fossem diretamente subordinados ao seu parente nomeante.

Então, o que se extrai do disposto pelo STF é que: a uma, a vedação decorre dos princípios do artigo 37 *caput* da Constituição Federal, e, a duas, que é delimitada ao “mesmo órgão”.

Mas a noção uniforme de nepotismo é apenas esta, já que por outro lado são várias as diferenças encontradas nos precedentes quanto à delimitação da noção de nepotismo, pois enquanto na ADI e no MS o nepotismo é vinculado à autoridade, na ADC verifica-se que também vincula o servidor ocupante de cargo comissionado; ainda, enquanto na ADI tem-se a delimitação no órgão em que a autoridade é lotada, no MS e na ADC a limitação é esta, mas atrelada ao requisito subordinação do parente à autoridade; além disso, enquanto na ADI o servidor efetivo não é excluído da incidência da norma geral proibitiva, no MS e na ADC sua inclusão à proibição normativa é condicionada à sua subordinação direta ao nomeante.

Assim, diante desses três precedentes, observa-se que o STF ainda não havia construído judicialmente a vedação do nepotismo, vez que não havia entendimento linear quanto a todos os seus elementos.

E o que se pode observar é que a SV n.13, além de ser díspar deles, também não segue a base redacional da Resolução do CNJ, objeto da ADC, vez que ao compará-las, constata-se que a SV ampliou a extensão do nepotismo, construindo nova normativa

---

<sup>347</sup> “(...) ao dizer que os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade, da igualdade e da eficiência são autoaplicáveis e, portanto, dotados da necessária carga de taxatividade e de positividade para vedar a prática do nepotismo”, Assim, o Tribunal deu “ao direito consagrado no espaço normativo dos referidos princípios, o seu sentido de certeza jurídica e o seu âmbito de incidência aos casos concretos da vida política e social.” LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. Supremo Tribunal Federal e o *Nepotismo Top*. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v. 5, n. 26, out./nov. 2008, p.19.

<sup>348</sup> Uma vez que os Ministros julgaram pela legalidade da decisão do TCU, de vedá-lo no âmbito da Justiça do Trabalho (objeto do MS), bem como pela legitimidade da Resolução do CNJ em coibi-lo em todo o Judiciário (objeto da ADC).



sobre sua vedação, especialmente em três pontos: alterou o domínio “mesmo órgão”, para “mesma pessoa jurídica”; modificou a expressão “exercício do cargo” - disposta na Resolução - para “nomeação”, e, ainda; não excluiu os servidores efetivos de sua incidência, como fez a Resolução, haja vista que sua redação, o servidor efetivo não pode ser nomeado a ocupar cargo comissionado e nem ser designado em função de confiança na mesma pessoa jurídica que seu parente for autoridade ou servidor ocupante de cargo comissionado.<sup>349</sup>

Dessa maneira, a SV 13 expandiu o nepotismo, inclusive além do disposto na Resolução do CNJ, sendo mais rigorosa que esta, devido à sua extensão.<sup>350</sup>

Mesmo tendo o STF inovado quanto à noção de vedação do nepotismo disposta na Resolução, este julgado é precedente da SV n.13? Sim, pois a Resolução do CNJ, objeto de tal precedente, foi a base redacional daquela.

Mas esse precedente tem o mesmo fundamento que os demais? Apenas quanto ao fato de que a vedação do nepotismo decorre dos princípios do artigo 37 da CF.

E configura, juntamente aos demais, jurisprudência reiterada para embasar a edição de Súmula Vinculante?<sup>351</sup>

O quarto precedente da SV n.13, o RE n. 579.951/RN, corrobora que a vedação do nepotismo decorre dos princípios do *caput* do artigo constitucional<sup>352</sup> e, ainda, se nota, pela primeira vez, a exposição quanto à vedação ao nepotismo cruzado<sup>353</sup> e à distinção entre aos cargos comissionados e cargos políticos<sup>354</sup>, pois, de acordo com a inteligência do Tribunal, o nepotismo abarca tão somente os parentes nomeados em

---

<sup>349</sup> Dessa forma, a SV n.13 vedou expressamente não só a nomeação do servidor para cargo comissionado como também para exercer função de confiança, diga-se de passagem, exclusivamente exercida pelo efetivo, nos termos do inciso V do art. 37 da Constituição Federal.

<sup>350</sup> Do que se poderia retirar que a vedação do nepotismo para aquele que realiza atos administrativos ou legislativos é mais severa do que para quem julga.

<sup>351</sup> Essa resposta virá mais adiante.

<sup>352</sup> Sendo esse o único fundamento que esteou todos os votos de cada um dos Ministros nos quatro precedentes.

<sup>353</sup> Pela primeira vez, o STF reconheceu a ilegalidade do nepotismo cruzado, como “a situação em que duas autoridades tentam burlar a súmula por meio da nomeação de seus parentes de forma recíproca”. p. 113.

<sup>354</sup> Segundo Luis Manoel Fonseca Pires: “É em razão da relação de confiança que os encargos de direção, chefia e assessoramento reclamam que optou o legislador, portanto, por admitir a possibilidade de que para estas tarefas houvesse o livre acesso, o que assim se evitaria que em funções que exigem confiança fossem exercidas por pessoas absolutamente desconhecidas dos seus respectivos superiores hierárquicos. E ainda completa, (...) não são os cargos em comissão, em si, o objeto de suposta imoralidade administrativa, mas sim o fato de eventualmente serem preenchidos com a nomeação de parentes(...)”. Controle Judicial do Nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, In: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, p. 235-252, 2008, p. 237-238. Neste ensejo os Ministros entenderam que, se por um lado a contratação do irmão de vice-prefeito como motorista da prefeitura configurava nepotismo e que, por isto, ele deveria ser exonerado; por outro, a contratação do irmão do vereador para o cargo de Secretário Municipal não configurava nepotismo, por ser o cargo político e, portanto, o seu ocupante, agente político.

cargos comissionados e não aqueles que forem designados agentes políticos.<sup>355</sup>

Diante disto, vale estabelecer também quanto ao Recurso Extraordinário, suas diferenças e semelhanças comparativamente aos demais precedentes e à SV n.13, a fim de analisar em que precede a esta.

A similaridade observada entre os quatro julgados é o repúdio ao nepotismo, embasado nos princípios constitucionais do artigo 37 (moralidade, impessoalidade e eficiência); já da comparação do RE com o MS e a ADC, tem-se o assentamento da prescindibilidade de lei formal para coibir a prática do nepotismo<sup>356</sup>.

Já as diferenças apontadas são: o RE, mesmo tendo uma noção de nepotismo semelhante à do primeiro e segundo precedentes (ADI e MS – parente de segundo grau de autoridade), é diversa à do terceiro (ADC – parente de autoridade até terceiro grau) e foi o primeiro e único a trazer à baila dois pontos que não haviam sido cogitados anteriormente: a inaplicabilidade da vedação do nepotismo às nomeações de parentes de autoridades em cargos políticos e a explicação sobre o ‘nepotismo cruzado’ que depende de comprovação do acordo que enseja as designações recíprocas.

Mas em que medida esse julgado subsidiou a redação da SV n.13? Na medida em que sua redação não abrangeu os cargos políticos e expressamente proibiu o nepotismo cruzado.

Qual é o fundamento uniforme desse quanto aos demais precedentes? O entendimento de que o nepotismo infringe os princípios do *caput* do art. 37 da CF.

Ele forma, juntamente com os demais julgados, o quesito “jurisprudência reiterada” para a edição da SV n.13? <sup>357</sup>

---

<sup>355</sup> Ministros de Estado, Secretários Estaduais, Distritais e Municipais. De acordo com Luis Armando Saboya Amora, “não sofrem essa vedação, uma vez que a Constituição Federal garante ao Presidente da República, chefe do Poder Executivo Federal, o auxílio de seus ministros, para que o exercício de suas funções se dê de forma mais eficaz.” O Nepotismo, o Recurso Extraordinário 579951/RJ e a Súmula Vinculante n.13 do Supremo Tribunal Federal. In: *O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis*. MARIANO, Cynara Monteiro e LIMA, Martonio Mont’alverne Barreto. Florianópolis: Grupo conceito, p. 293-306, 2012, p. 299. O que, significa dizer que “na esfera da administração municipal, o prefeito poderia nomear filhos, irmãos, cônjuges ou sobrinhos para exercer o cargo de secretário municipal.” LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. LEAL. Supremo Tribunal Federal e o *Nepotismo Top*. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v. 5, n. 26, out./nov. 2008, *Op. cit.*, p. 22. Ambos, itens de extrema relevância, vez que são elementos da Súmula Vinculante em questão: que as nomeações dos parentes (de autoridades) que atuam como agentes políticos<sup>355</sup> estão excluídas de seu alcance e que também é proibido o nepotismo cruzado.

<sup>356</sup> “... ou seja, os princípios vinculam, estabelecendo condutas a ser seguidas. Não se pode deixar de observá-los sob o argumento de que os mesmos não possuem a mesma densidade normativa das regras”. AMORA, Luis Armando Saboya. In: *O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis*. MARIANO, Cynara Monteiro e LIMA, Martonio Mont’alverne Barreto. Florianópolis: Grupo conceito, p. 293-306, 2012, p. 298.

<sup>357</sup> É o que se observará a frente.

Por fim, vale questionar: dos debates, se extraem todos os elementos de uma nova noção de vedação ao nepotismo? Também a essa interrogação se responde negativamente, pois em ambas as sessões plenárias os Ministros debateram pontualmente apenas dois assuntos, na primeira sessão: a extensão do parentesco, mas de maneira superficial e, na segunda sessão: o âmbito físico da vedação do nepotismo<sup>358</sup>.

E assim, o STF elaborou a SV. 13 motivado pela necessidade de limitar expressamente o nepotismo em outro poder: o executivo, conforme se extrai do julgado do terceiro precedente da SV. 13 e da segunda sessão plenária sobre o assunto, vez que foi dito pelos Ministros, que “não é porque a Resolução do CNJ vedou expressamente o nepotismo no âmbito do poder judiciário que os demais poderes poderiam praticar o nepotismo”<sup>359</sup> e que se fazia necessário limitar o nepotismo no poder executivo, porque o titular dele “nomeia tudo.”<sup>360</sup>

Diante disso, restam muitas dúvidas sobre se o texto da SV n.13 diz exatamente o que deveria dizer. E é por isto que no próximo capítulo se buscará responder ao seguinte questionamento: a partir da noção administrativa política brasileira e da noção jurídica de nepotismo, a Súmula Vinculante n. 13 abarcou todos os casos de privilegiamento, contrários à moralidade pública?

---

<sup>358</sup> Cujas discussões foram levantadas e, em que pese ter sido acirrada, trouxe outro equívoco à redação da SV 13, pois ao invés de dispor sobre nepotismo no mesmo órgão, como nas demais normas observadas, inclusive na Resolução do CNJ, assentou a vedação do nepotismo na mesma pessoa jurídica.

<sup>359</sup> De acordo com os votos na ADC.

<sup>360</sup> Conforme a Ministra Carmem Lúcia e o Ministro Gilmar Mendes, na segunda sessão plenária.

## **2 O NEPOTISMO E A (I) MORALIDADE PÚBLICA: A COMPREENSÃO NA PERSPECTIVA BRASILEIRA.**

Trata-se da análise de dois pontos do trabalho, o primeiro relativo à construção do nepotismo sob a perspectiva brasileira, do seu contexto histórico no Brasil e da sua noção jurídica e, o segundo; atinente à moralidade pública na Constituição Federal de 1988 e sua relação com o nepotismo, sob o enfoque do princípio republicano e dos princípios administrativos da impessoalidade, da eficiência e da finalidade, averiguando, assim, o papel da moralidade pública como proibitiva do nepotismo, não apenas como princípio administrativo, mas como aglutinadora dos outros princípios citados e também densificada por eles.<sup>361</sup> Tudo em conformidade com Raymundo Faoro, Sérgio Buarque de Holanda, Oliveira Viana, Roberto Damatta, Victor Nunes Leal, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Ives Gandra, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Diógenes Gasparini, Florivaldo Dutra de Araújo, Paulo Modesto, José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre de Moraes, dentre outros.

### **2.1 Bases históricas do nepotismo no Brasil: de herança portuguesa a um vício da administração pública brasileira.**

O nepotismo, como visto na Introdução desse trabalho, é mais um dos vícios do velho mundo, que como herança portuguesa, chegou às terras brasileiras, conforme demonstra a carta escrita por Pero Vaz de Caminha ao Monarca Português, que ao lhe dar as boas novas do “continente novo”, solicitou que ao Rei que encaminhasse seu genro à colônia recém-descoberta.<sup>362</sup>

Por isto, segundo os doutrinadores pátrios que tratam do assunto, “tudo começou nesta passagem.”<sup>363</sup> Sendo o nepotismo, típico “comportamento caracterizador

---

<sup>361</sup> Com o fito de observar, se a partir da noção administrativo política brasileira e da noção jurídica de nepotismo, a Súmula Vinculante n. 13 abarcou todos os casos de privilegiamento de nepotismo, contrários à moralidade pública.

<sup>362</sup> Na análise de Roberto DaMatta: “Ali, naquele pedaço terminal e naquela hora de arremate, Caminha arrisca: “E nesta maneira, Senhor, dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta terra vi. E, se algum pouco me alonguei, Ela me perdoe, pois o desejo que tinha de tudo vos dizer, mo fez pôr assim pelo miúdo. E, pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo, como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer graça especial, mande vir da Ilha de São Tomé a Jorge de Osorio, meu genro – o que dela receberei em muita mercê.” E conclui Caminha, como até hoje manda o nosso figurino de malandragem: “Beijo as mãos de Vossa Alteza deste Porto Seguro de Vossa ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500”. Pero Vaz de Caminha. Será que é preciso dizer mais alguma coisa? *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984, p. 67.

<sup>363</sup> ROCHA. Carmem Lúcia Antunes, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 160. Também é o que afirma George Felício Gomes de Oliveira: “Essa prática, trazida nas naus portuguesas que vieram pela vez primeira às terras brasileiras, consignou-se com a presença da Corte Portuguesa no Brasil (entre 1808 e 1821)”. Da análise da Súmula vinculante n.13 do Supremo Tribunal Federal: alcance, precedentes e motivos determinantes da norma que veda a prática do nepotismo no Brasil. *Revista dos Tribunais -RT*, v. 890, ano 98, Dez. 2009, p. 15.

do patrimonialismo”,<sup>364</sup> não apenas trazido, mas também implantado no Brasil, “desde os primeiros dias”,<sup>365</sup> no âmbito do modelo governamental que imperava em Portugal, identificando o Estado como coisa de família,<sup>366</sup> privilegiando o interesse familiar em detrimento do público e consagrando, assim, a histórica e continua confusão entre o público e o privado.<sup>367</sup>

Mas o nepotismo, ao ser trazido para o Brasil, não apenas se instalou como também se alastrou, porque o Estado brasileiro, herdeiro das condutas portuguesas, patrimonial e de sociedade estamental, estabelecido sob as bases coloniais, tinha como a sua maior força social, o clã familiar<sup>368</sup>.

E a autarquia familiar, de origem rural se estendeu pelo país, alcançando as cidades, onde reinou a mesma mentalidade familiar, tanto que Nabuco de Araújo notou “sabidamente, como o espírito antissocial e perigoso representado por essas famílias” foi um vício “que nasceu da antiga organização e que nossas revoluções e civilização não puderam acabar”, tendo “a mentalidade de casa-grande” invadido as cidades.<sup>369</sup>

Desta sorte, aquele que se encontrava no poder, como representante do Estado, compartilhava a administração, os cargos e as possibilidades estatais com os seus, em detrimento da impessoalidade, vez que a escolha dos homens que iriam exercer as funções públicas era realizada de acordo com a “confiança pessoal que depositava neles e não com as suas capacidades próprias.”<sup>370</sup>

---

<sup>364</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. ZOCKUN, Maurício. ADRI, Renata Porto. In: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Florivaldo Dutra de Araújo, O nepotismo e os princípios da administração pública, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 117.

<sup>365</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. ZOCKUN, Maurício. ADRI, Renata Porto. *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Luis Manuel Fonseca Pires. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 235.

<sup>366</sup> Interessante que à época do Brasil Colônia se tem certa preocupação com a vedação do nepotismo, pois conforme aduz Victor Nunes Leal: “(...) escolheriam para os cargos concelho as pessoas ‘mais pertencentes’ (...) que não fossem cunhados, nem parentes até o quarto grau de direito canônico.” *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*, 7ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 114.

<sup>367</sup> Rebatida pelos dizeres de Sérgio Buarque de Holanda: “O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição.” *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 141

<sup>368</sup> Assim, no “complexo da família senhorial” estão acobertados não apenas os *parentes consanguíneos* (filhos e netos) e os *parentes colaterais* (irmãos, tios e sobrinhos) como também “os *parentes por afinidade civil* (genros e cunhados); os *parentes por afinidade religiosa* (os “compadres” e afilhados); os *parentes por adoção* (os “crias” da casa senhorial)”. Daí nascem instituições como a “solidariedade parental”, a “responsabilidade coletiva no talhão privado”, o “dever de proteção” e “assistência parental recíproca” e, ainda, o compadrio”. VIANA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 226.

<sup>369</sup> Exorbitando, por isto, “a área do domínio-tronco” e se estendendo “por vários domínios, e mesmo por municípios inteiros.” VIANA, *Op. cit.*, p. 227. E completa afirmando que “(...) é esta a lei da nossa expansão povoadora: a família- tronco, partindo de um domínio inicial, espalha-se em derredor e vai irradiando por contiguidade (...)” *Idem*, p. 232.

<sup>370</sup> VIANA, Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 145-146.

E por isto que, no âmbito da classe dominante havia “quase que um direito hereditário de acesso aos cargos públicos” e as “negociatas eram pautadas na troca de favores entre os que detinham o poder”, “visando atingir fins privados, e não fins públicos”<sup>371</sup> qual seja: “a transmissão de privilégios do grupo central (classe dirigente) de uma geração para o de outra”<sup>372</sup> restando edificada por um lado, a “dificuldade de separação entre o público e o privado pelos detentores do poder em nossa sociedade”<sup>373</sup>.

Esta conjuntura gerou um ciclo vicioso entre o personalismo e a confusão da relação público–privado e enraizou o nepotismo, com profundidade, na estrutura administrativa-governamental brasileira,<sup>374</sup> utilizado como forma de autopreservação e autoproteção das famílias que dominavam o poder público, “com a dupla função de ampliar a influência e o poder unipessoal do governante e enfraquecer o sistema representativo.”<sup>375</sup>

Exemplo crasso dessa questão foi o governo estabelecido pelo Presidente Getúlio Vargas que: “nos breves três meses em que esteve à testa do Executivo, empregou um número exagerado de parentes”<sup>376</sup> e ao ser questionado, justificou-se da seguinte forma: ‘Eu tive que fazer uma opção. Entre passar sessenta dias acusado pelos adversários e passar sessenta anos (...) condenado pela minha família, preferi atender à família. Ninguém aguenta uma família pedindo emprego. Dei logo para me deixarem em paz’”.<sup>377</sup>

---

<sup>371</sup> ROCHA, Zélio Maia da. Nepotismo e concurso público – critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na administração pública. *Revista Consulex*, ano XII, nº 286, 15 dez. 2008, p. 41.

<sup>372</sup> RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p.222.

<sup>373</sup> Expressão retirada do voto do Min. Ricardo Lewandowski, relator do RE 579.951-4/RN, julgado em 20.08.2008, p. 1885. Um dos precedentes da Súmula Vinculante n.13.

<sup>374</sup> Conforme sintetiza Gabriela Empirotti: “No Brasil a prática do nepotismo é herança do sistema patrimonialista, em que havia uma confusão entre o que era particular e o que pertencia ao Estado. O bem público era uma extensão da própria casa, passando o administrador a tratá-lo como se assim fosse. Nesse contexto, esclarece Sérgio Buarque de Holanda que o que falta aos administradores é compreender a diferenciação existente entre Estado e família, e ainda, que não deve haver ligação entre ambos, (...) Assim, para Buarque de Holanda, para atingirmos um Estado que atenda aos anseios públicos, ultrapassando os limites do que é pessoal, é preciso que se transcenda o ambiente familiar. (...) Segundo o autor, no Brasil, somente em casos excepcionais tivemos a figura de funcionários voltados a interesses objetivos do Estado, tomando suas decisões de maneira impessoal. A herança patrimonialista, tendo a família como a sua instituição mais forte, possui ainda grande influência, restando pouco espaço para a Impessoalidade”. Nepotismo e Fiscalização – A Súmula Vinculante n. 13 e a sua eficácia. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 144, fev. 2013, p. 38.

<sup>375</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>376</sup> GARCIA, Emerson. Nepotismo: Origens e paroxismo, *Revista Jurídica Consulex*, ano IX nº 200, 15 de maio de 2005, p.27.

<sup>377</sup> GARCIA, Emerson. Nepotismo: Origens e paroxismo, *Revista Jurídica Consulex*, ano IX nº 200, 15 de maio de 2005, p.27.

## 2.2 A noção de nepotismo sob a ótica do magistério doutrinário no Brasil.

Desse histórico foi extraída a noção jurídica do nepotismo, que em sua concepção ampla, designa “a conduta havida na Administração do Estado, pela qual agentes públicos, valendo-se dos cargos por ele ocupados, concedem favores e benefícios pessoais a seus parentes e amigos”.<sup>378</sup>

Isto porque a noção jurídica de nepotismo é, para alguns doutrinadores, associada a atos de privilégio dos agentes públicos àqueles que lhes importam, não apenas aos seus familiares e, ainda, se vincula à ideia de lealdade e confiança existentes entre o patrono e o favorecido, com o objetivo de amparar os interesses do primeiro<sup>379</sup>.

Entretanto, diante das noções expressas nas normativas existentes<sup>380</sup>, também pode ser definido de uma maneira mais restrita, como “a prática, pela autoridade pública com poder para nomear, de favorecer seus parentes próximos, nomeando-os para titularizarem cargos ou empregos, de provimento em comissão.”<sup>381</sup>

Ou, ainda, como:

(...) a conduta de nomear para cargos públicos em comissão ou funções de confiança de livre provimento e livre exoneração, ou para cargos e funções de provimento ou exoneração condicionada, parentes, cônjuges ou companheiros de agentes públicos, enaltecendo critérios de promoção familiar e de afinidade em detrimento a critérios de mérito e capacidade funcional no acesso a cargos públicos.<sup>382</sup>

Vale dizer que esta definição parece mais acertada, já que o nepotismo, na atualidade, conforme é observado pela grande maioria daqueles que se debruçam sobre o assunto, significa o privilegiamento realizada pelo agente público a seus parentes, por meio da indicação/nomeação desses em cargos públicos *ad nuttum*, ou seja, de livre nomeação e exoneração, denominados cargos em comissão<sup>383</sup>.

---

<sup>378</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.158.

<sup>379</sup> “(...) atualmente, o termo, em sentido amplo, significa favorecimento e abrange qualquer concessão de benesses a parentes ou a outras pessoas ligadas ao beneficente por laços de amizade ou confiança. (...) Inobstante os variados sentidos que o termo pode ter, (...) o nepotismo é entendido como o favorecimento de parentes de agentes públicos. Mais especificamente, o emprego no serviço público de parentes de agentes públicos sem o crivo do concurso público”. ANTONIO, Alice Barroso de. O Nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante n. 13 do STF: Críticas e Proposições, *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, ano 10, n. 31, jan./mar. 2009, p. 63 - 64.

<sup>380</sup> Que são diferentes entre si, mas mais restritas, pois não abarcam a nomeação de amigos na prática de nepotismo, como se verá no próximo capítulo.

<sup>381</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coordenadores), in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, GASPARINI, Diógenes. Nepotismo Político, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p.73.

<sup>382</sup> MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 11, n. 41, abr./jun. 2013, Belo Horizonte: Ed. Fórum, p. 10-11.

<sup>383</sup> Luis Manuel Fonseca Pires sintetiza como: “(...) a nomeação, para os cargos em comissão, de parentes do nomeante. É o que popularmente alcinha-se de nepotismo”. Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI,

Entretanto, diante da evolução sobre a noção jurídica do termo, é necessário fazer algumas complementações quanto à mesma. A primeira se refere à delimitação do parentesco, ou seja, é importante dispor sobre a definição de quem são os parentes cuja nomeação em cargo comissionado enseja nepotismo, pois todas as normativas pátrias que trataram ou tratam do assunto fixam o parentesco como elemento limitador de um dos critérios objetivos do nepotismo, que é justamente a nomeação de parente em cargo comissionado<sup>384</sup>.

Pela noção jurídica atual,<sup>385</sup> o nepotismo, em sua espécie direta, “ocorre quando a autoridade competente nomeia cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau” o que abarca, “filho, neto, bisneto, irmão, tio, sobrinho, sogro, genro, nora, cunhado”.<sup>386</sup>

Desta noção se extrai, além da demarcação de parentesco, outro critério, também objetivo como esse, a nomeação pela autoridade que tem competência para nomear.

Esses são os dois aspectos objetivos a que o nepotismo se vincula, quais sejam: a competência para nomear (para o cargo público em comissão ou designar para a função pública) e a nomeação de parente.

Todavia, além desses, existem outros critérios, como o objetivo, referente ao parente estar sob a chefia imediata da autoridade nomeante e o critério subjetivo, que remonta ao favorecimento do parente. Contudo, ambos são prescindíveis, já que o nepotismo é configurado, na atualidade, independe de ambos os critérios, o que é demonstrado tanto na configuração de sua forma direta, onde basta a nomeação, pela

---

Renata Porto (Coordenadores), in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, PIRES, Luis Manoel Fonseca. Controle Judicial do Nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, In: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, p. 237. Florivaldo Dutra de Araújo compendia a noção de nepotismo como: “(...) antiga prática dos papas (...) significa a indicação de parentes para ocupar cargos na administração pública. (...) guarda sentido pejorativo, por indicar a circunstância de que alguém se vale apenas do parentesco com outrem, detentor de poder, para ser guindado à condição de agente público (...) a autoridade nomeante designa um parente para função de confiança ou cargo comissionado (...)”. PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coordenadores), in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Florivaldo Dutra de Araújo. O nepotismo e os princípios da administração pública, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 117-118.

<sup>384</sup> Até aquelas normas que foram editadas antes da Constituição Federal de 1988 delimitavam este critério pela espécie e grau de parentesco.

<sup>385</sup> Conforme as normativas atuais sobre o assunto, tratadas na Introdução deste trabalho.

<sup>386</sup> RODRIGUES, João Gaspar, Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p 210.



autoridade nomeante, de seu parente<sup>387</sup>, como também na sua forma cruzada, que é caracterizada pela nomeação feita por outra autoridade, que não é parente do nomeado.

Segundo o moderno entendimento<sup>388</sup> “não há necessidade de se comprovar o critério subjetivo, pois está implícito ao cerne da prática, vez que consiste no propósito de atender a interesses pessoais com a nomeação do familiar ou de privilegiar o vínculo sanguíneo. Ou seja, intrínseco ao nepotismo, pois a finalidade da escolha do parente para ocupação do cargo em comissão ou função de confiança é a satisfação pessoal gerada pelo laço familiar.”<sup>389</sup> Assim, pode-se dizer que o aspecto subjetivo do ato é o seu motivo, implícito à sua prática.<sup>390</sup>

Então, a benesse do acesso ao cargo público pelos “laços de confiança pessoal e familiar”<sup>391</sup> está embutida no nepotismo, sendo, portanto, desnecessária a sua comprovação para que ele reste configurado, mas apenas dos dois primeiros elementos objetivos dispostos, cuja junção produz o nepotismo, “a nomeação feita por alguém que seja detentor do poder administrativo” e o “vínculo familiar (cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau) do nomeado com o nomeante.”<sup>392</sup>

Nesse diapasão, a confiança é necessária para se nomear alguém em cargo comissionado - “dito de confiança” - constitucionalmente destinado às funções de direção e assessoramento superior, mas ao contrário do que se costuma pensar, não deve ser originária da relação pessoal, mas da aptidão profissional daquele que será nomeado, o qual deve ter a qualificação necessária e correspondente a exercer as funções do citado cargo. Desta sorte, a autoridade nomeante não pode nomear quem quiser, mas aquele que se adeque às atribuições do cargo.

---

<sup>387</sup> “O aspecto objetivo do nepotismo concentra-se na efetiva relação de parentesco existente entre o nomeante e o nomeado. Assim, havendo a relação de parentesco, estar-se-á diante do nepotismo, considerado no seu aspecto objetivo”. RODRIGUES, João Gaspar, *Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13*. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 212. O critério é, às vezes, excepcionalmente aplicado quando se trata de nomeação de servidor efetivo, parente de autoridade nomeante, para exercer cargo comissionado.

<sup>388</sup> Especialmente após a publicação da SV n.13.

<sup>389</sup> RODRIGUES, João Gaspar, *Op. cit.*, p. 213. E ainda acrescenta: “(...) diz R. Tourinho (2011), a comprovação do elemento subjetivo é de difícil concretização, razão pela qual a simples presença do aspecto objetivo, relação de parentesco, vem se mostrando suficiente para caracterizar a prática. O caráter objetivo da constatação da situação a envolver nepotismo, torna irrelevante, até por indecifrável em muitos casos, o elemento anímico presente no ato de nomeação.” *Idem*, p. 214.

<sup>390</sup> O nepotismo é então: “favorecimento, privilégios e benefícios para os parentes (...) daqueles que detêm o poder de possibilitar o acesso ao cargo público, sem a necessidade de submissão ao Concurso Público,” e “está relacionado à lealdade e à confiança existentes entre quem favorece e o favorecido”. CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante n. 13 do STF, *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, mai. 2010, p. 30.

<sup>391</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo: Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 80, out. 2007.

<sup>392</sup> RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio. A ilegalidade do nepotismo no poder judiciário. *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n. 200, p. 30.

Assim, mesmo que o cargo seja caracterizado, “pela confiança de que se dota o comissionado” esta confiabilidade “tem que se firmar em qualificação profissional, a dizer, em merecimento que se liga às suas condições para o desempenho do cargo, e não em qualificação patronímica como tantas vezes continua a ocorrer”.<sup>393</sup>

Diante desta interpretação, resta lógico que não se trata da lealdade, da afinidade e da cumplicidade existentes entre integrantes de uma família, seja por laços consanguíneos ou afins, mas que, a partir do momento em que “o Constituinte originário consagrou a existência das funções de confiança e dos cargos em comissão”, não há como negar que é “tarefa assaz difícil sustentar que os valores que informam a moralidade administrativa, (...) não autorizam que o agente nomeie um parente no qual tenha ampla e irrestrita confiança”.<sup>394</sup>

Nessa toada, o que se constata é que a prática do nepotismo resta configurada quando parentes consanguíneos, em linha reta ou colateral ou afins, até o terceiro grau, são nomeados em cargos comissionados ou para exercerem funções comissionadas, no mesmo poder em que a autoridade é nomeante ou o servidor é comissionado.<sup>395</sup>

Outro ponto que interessa ressaltar quanto ao nepotismo é que a sua vedação abarca apenas os cargos comissionados que são cargos administrativos, e não os políticos.<sup>396</sup>

Feitas tais exposições quanto ao nepotismo e à espécie nepotismo direto, passa-se à análise do nepotismo cruzado, também denominado transversal ou oblíquo, que se constrói por meio de ‘troca de favores’ entre os agentes nomeantes, os quais, de forma

---

<sup>393</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 163.

<sup>394</sup> GARCIA, Emerson. O nepotismo. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, jun. 2003, p. 462.

<sup>395</sup> Esta é o entendimento sobre a noção de nepotismo, conforme o determinado pela S.V n.13 do STF, de 21.08.08. O que isto quer dizer? Que a autoridade nomeante ou servidor comissionado não podem ter parentes no mesmo poder em que atuam. Por exemplo, no âmbito do Poder Executivo Federal, a autoridade ou servidor comissionado lotado no Ministério da Saúde não pode ter cônjuge, companheiro, filhos, pais, netos, avós, bisavós, bisnetos, irmãos, sobrinhos ou tios nomeados em qualquer cargo comissionado, ou até, se servidores efetivos, designados em função de confiança, em qualquer dos Ministérios, órgãos que compõem o Poder Executivo. Tal vedação é ampla demais? Isto que se constatará no último capítulo do trabalho.

<sup>396</sup> O Ministro Carlos Britto, em trecho do seu voto, na p. 1923 do RE 579.951-4/RN, explica que a proibição do nepotismo decorre dos princípios aplicáveis à Administração Pública e por isto engloba apenas aos cargos administrativos e não políticos. O que quer dizer que a autoridade nomeante pode mais, mas não pode menos. Por exemplo, um Prefeito pode nomear irmão para exercer o cargo político de Secretário de Transporte do Município em que é governante, mas não pode nomear seu sobrinho para um ocupar cargo comissionado em qualquer dos órgãos do Poder Executivo Municipal, pois estará realizando praticando o nepotismo. Parece meio ilógico, mas todas as normas brasileiras que vedam o nepotismo o limitam às nomeações ‘menores’ para cargos comissionados e funções de confiança, de natureza administrativa, e não para as ‘maiores’ que são as para cargos políticos. Este assunto será tratado no último capítulo.

inversa e recíproca, nomeiam parentes para exercerem cargo comissionado ou função de confiança, em esfera diversa da que o agente é autoridade nomeante.<sup>397</sup>

Nesse enredo, o nepotismo cruzado somente é caracterizado quando ocorre a reciprocidade das nomeações, impondo, pela via indireta, o favorecimento vedado, isto é, se não houver a reciprocidade, não haverá nepotismo cruzado.

Ele traduz o fato de os agentes públicos valerem-se “de sua influência junto a outras autoridades com poder para nomear, na tentativa de ocultar a prática do nepotismo” e diferente do que ocorre no nepotismo direto, pois as “funções serão exercidas” pelo parente nomeado “por orientação da autoridade nomeante” e não pela orientação da autoridade “beneficiada.”<sup>398</sup>

A maior questão quanto a esta espécie de nepotismo refere-se à ‘troca de favores’, sua característica peculiar, que o configura e o diferencia das demais. Isto porque ela é de difícil verificação e comprovação<sup>399</sup> já que se insere em “uma linha tênue capaz de enganar em casos onde realmente ocorre e, ao mesmo tempo, levar a conclusões equivocadas.”<sup>400</sup>

Outra espécie de nepotismo é o denominado indireto, que implica favorecimento de parente e que ocorre “por meio das contratações que se fazem por via de empresas de locação de mão de obra (terceirização) ou de prestação de serviços.”<sup>401</sup> É outra forma de burlar a vedação do nepotismo, já que o agente público que tem o poder para nomear seu familiar, ou indicá-lo para a nomeação, utiliza o poder e/ou

---

<sup>397</sup> Segundo Diógenes Gasparini: “(...) nepotismo transversal ou, (...) nepotismo oblíquo, caracterizado pela nomeação recíproca de parentes de autoridades (...) com poderes para nomear, impedidas, no entanto, de nomeá-los, cujo desempenho das respectivas atribuições dar-se-á sob as ordens da autoridade nomeante e não da autoridade beneficiada, favorecida. (...) Essa modalidade de nepotismo (...) surgiu para contornar as severas objeções ético-sociais, senão para fugir das proibições legalmente impostas às nomeações de parentes próximos da autoridade (...) na prática é uma troca de favores entre autoridades com o poder de nomeação para favorecer os respectivos parentes, com evidente intenção de burlar a vedação legal (...) no nepotismo oblíquo quem nomeia o favorecido é outra autoridade que com ele não mantém qualquer parentesco, (...)”. *Nepotismo Político* In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, p.75.

<sup>398</sup> EMPIROTTI, Gabriela. *Nepotismo e Fiscalização: Súmula nº13 e sua eficácia*. Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte, v. 13, n. 144, fev. 2013, p. 38.

<sup>399</sup> Para João Gaspar Rodrigues é “um ajuste que garante nomeações recíprocas entre os ‘poderes’ do Estado, mas que ‘tem de ser provado para configurar a categoria nepótica’, o que ‘na prática’ é muito difícil de ser comprovado”. *Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13*. In: Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 211.

<sup>400</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. *Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF*. Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte, ano 10, n.111, mai. 2010, p. 31.

<sup>401</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coordenadores), in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. O nepotismo e os princípios da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.118.

prestígio do cargo público para indicar seu parente a ser contratado por empresa de terceirização que atua no órgão em que é ocupante do cargo público<sup>402</sup>.

A última espécie a ser tratada é o nepotismo político, que é descrito “como a nomeação de pessoas, independente do vínculo de parentesco com a autoridade nomeante” em cumprimento a “acordos políticos”<sup>403</sup> e que, apesar de não ser abarcada por nenhuma normativa, é lembrada como uma conduta que infringe o princípio da impessoalidade.<sup>404</sup>

Por fim, a última espécie de nepotismo a ser tratada é o nepotismo das primeiras-damas,<sup>405</sup> implantado na época de Getúlio Vargas<sup>406</sup> e que continua a vigorar no Brasil até hoje e que parece ser uma “institucionalização do nepotismo”, pois ocupam cargos públicos ao desempenharem atribuições de cunho social na condução de instituições sem fins lucrativos do ente federado de que o marido é representante<sup>407</sup>.

Contudo, salvo a situação das primeiras-damas, o Brasil, movido por “um sentimento ou um *sensus communis* de que é imprescindível a vedação do ‘carreirismo apadrinhado’ e da ‘agência familiar de emprego público’”,<sup>408</sup> primou pela alteração do

---

<sup>402</sup> Esta forma de nepotismo está vedada em algumas normativas, como na Resolução n.7/05 do CNJ e no Decreto presidencial n. 7.203/10, a primeira já tratada na Introdução e o segundo no último capítulo deste trabalho.

<sup>403</sup> EMPIROTTI, Gabriela. *Nepotismo e Fiscalização: Súmula nº13 e sua eficácia*. Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte, v. 13, n. 144, fev. 2013, p. 38.

<sup>404</sup> Por vários doutrinadores e juristas, dentre eles, Diógenes Gasparini, no artigo já citado e Carmem Lúcia Antunes Rocha em sua obra também já referida.

<sup>405</sup> Mayara Pegorer afirma que a “figura da primeira-dama foi ‘inventada’ nos Estados Unidos quando, por volta de 1790, Martha, a esposa do então presidente George Washington, passou a aparecer ao seu lado em ocasiões solenes, fazendo o papel de rainha, *mesmo* em um Estado independente e republicano, pois refletia a forma de governo inglês.” PEGORER, Mayara Alice Souza. As primeiras-damas da improbidade administrativa: do nepotismo à corrupção – Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais. *Fórum administrativo FA*, Belo Horizonte, nov. 2012, ano 12, n 141, p. 53.

<sup>406</sup> Segundo Mayara Pegorer: “No Brasil, foi a mulher de Getúlio Vargas, Darcy Vargas, a “precursora no assistencialismo social”, passando a assumir o papel de “mãe dos pobres” ao fundar a Legião Brasileira de Assistência, e auxiliando na construção do estereótipo de que as primeiras-damas seriam a imagem da elegância, da discrição e da benevolência, modelo de valores, da preocupação com os problemas sociais que assolam os entes federativos que seus maridos representam. Neste sentido, até hoje acabam assumindo cargos comissionados e funções institucionais, cargos relacionados à gestão destas áreas sociais e empreendendo projetos que, mais do que auxiliarem a população carente a que se destinam, auxiliam seus maridos na consolidação de sua imagem no cenário político e social”. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>407</sup> “ (...)é exemplo o mau-vezo de se outorgar às primeiras-damas a atribuição de conduzir instituições sem fins lucrativos, não raras vezes, dotadas de vultoso patrimônio e de incomensurável importância para determinadas classes da população”. Garcia, Emerson. O nepotismo. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, jun. 2003, p 461. Questiona Emerson Garcia: “Não seria esta uma modalidade de nepotismo *ex vi legis*? (...) as primeiras-damas exercem a representatividade popular? Qual é o fundamento de legitimidade de sua atuação? São competentes ou possuem uma “competência reflexa” oriunda do chefe do Executivo?” *Op. cit.*, p 462. Explica Mayara Alice Souza Pegorer: “Essa inquestionável doação às causas sociais por vezes serve de fachada para o empreendimento de manobras públicas escusas, que ganharam repercussão com a notícia da ocupação de cargos comissionados pelas primeiras-damas de municípios brasileiros (muitas vezes sem nem mesmo trabalhar efetivamente, restringindo-se a perceber proventos) e sua participação em esquemas de desvio de verbas públicas. (...) possibilidade de figuração das primeiras-damas como sujeitos do nepotismo (...) caracterizando-se, infelizmente, como prática extremamente recorrente na realidade brasileira.” *Op. cit.*, p. 55-56.

<sup>408</sup> RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 222.

quadro administrativo-governamental ao consagrar, em 1988, constitucionalmente, a moralidade pública.

### **2.3 A Moralidade Pública e a vedação do nepotismo na Constituição da República de 1988.**

A partir dos entendimentos expressos pelos Constituintes nos debates da Assembleia Nacional Constituinte<sup>409</sup> sobre moralidade constata-se que a moralidade pública é coibidora do nepotismo.

Na época da elaboração da Constituição, a noção específica do princípio da moralidade não restava pacificada ou clara entre os constituintes, de forma que eles apenas se imbuíram do dever ratificar “uma tendência consagrada pela jurisprudência pátria” e, “pela primeira vez”,<sup>410</sup> a introduziram explicitamente no ordenamento jurídico constitucional brasileiro,<sup>411</sup> tornando “expresso o que já estava implícito no sistema, mesmo sob a égide de Constituições anteriores,”<sup>412</sup> que a moralidade é um dos vetores “conformadores da atividade administrativa”.<sup>413</sup>

O que se visava naquele momento constituinte era o restabelecimento da democracia e a moralização do poder público, não apenas quanto ao serviço público como também quanto às autoridades públicas, eleitas ou nomeadas.

É o que se extrai dos debates travados pelos Constituintes no Projeto da Constituição,<sup>414</sup> que “avançou no campo da moralidade administrativa”<sup>415</sup> em prol da moralização do serviço público, a fim obstar todos os “jeitinhos brasileiros” que burlassem a moralidade.

---

<sup>409</sup> Que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988.

<sup>410</sup> CORRÊA, Gustavo Hermont. *Princípio da Moralidade ou Eticidade da Administração Pública?* Revista Síntese Direito Administrativo, v.6, n. 66, jun. 2011, p. 64.

<sup>411</sup> Segundo Carmem Lúcia, desde 34, o princípio da moralidade foi inserido nas disposições constitucionais, “(...) como fundamental do sistema constitucional republicano nacional, embutido na menção expressa à probidade administrativa como dever do Presidente da República (...) (art. 54 § 6º da Constituição de 1981; art. 57, f, da Constituição de 1934; art. 85, d, da Carta de 1937, (...) art. 89, V, da Constituição de 1946; art. 84, V, da Carta de 1967, art. 82, V, da Emenda n. 1/69.)” *Op. cit.*, p.222. Informação esta que é completada pelo Emerson Garcia, ao afirmar que “Não obstante sua ausência nos textos constitucionais pretéritos, o princípio da moralidade foi contemplado pelo Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, norma de equivalência constitucional que foi editada após a Revolução de outubro do mesmo ano (...) o seu art. 7º manteve em vigor as leis, obrigações e direitos na esfera pública ‘salvo os que, submetidos à revisão, contravenham o interesse público e a moralidade administrativa.’” *Op. cit.*, Nota de rodapé n. 87, p. 46.

<sup>412</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 91.

<sup>413</sup> MEIRELLES, Hely Lopes *apud* BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, 3º volume – tomo III, arts. 37-43 – 1992, São Paulo: Saraiva, p. 35-36.

<sup>414</sup> Denominado por Aluízio Campos como “bom e corajoso Projeto”.

<sup>415</sup> BRASIL. Congresso Nacional. *Comissão de Sistematização – Ata da Reunião Solene de entrega do Projeto de Constituição (A) 33ª Reunião Extraordinária*, em 24 de novembro de 1987 – Assembleia Nacional Constituinte – Diário - Ano II- Suplemento A, n. 307, sexta-feira, 23 de setembro de 1988, Brasília DF, p. 2.

Dois quais vale ressaltar o relativo ao parágrafo §3º do art. 14 das disposições transitórias<sup>416</sup> que seria exceção ao § 1º do artigo 44 do Projeto da Constituição, o qual dispunha sobre o acesso ao cargo público pelo concurso público<sup>417</sup> e tido como norma que viria:

(...) de encontro à moralidade que se procurou instaurar neste texto constitucional, eis que serão admitidos sem concurso, sem provas e sem títulos quatro mil procuradores ou advogados, hoje integrando os quadros da advocacia consultiva ou defensiva da União.<sup>418</sup>

Contudo em argumentação contrária, foi dito que “não seria um ‘trem da alegria’ pois ‘trem da alegria’ é a criação de novos cargos, é a realização de nomeações a toque de caixa”.<sup>419</sup>

No mesmo ensejo, a fim de ser evitar o personalismo, o favoritismo, houve discussão quanto ao artigo 61 das disposições transitórias que determina a estabilidade para aqueles que já eram servidores cinco anos antes da promulgação da Constituição Federal.<sup>420</sup>

A discussão é iniciada a partir da afirmativa de que queriam<sup>421</sup> suprimir este artigo porque entendiam “que ele estabelece uma grave irregularidade no serviço público permite o favoritismo, além de ser o que se chama de um ‘trem da alegria’ - mas um trenzão completo”.<sup>422</sup>

Ao contra argumentar é dito que se pretende<sup>423</sup> negar “estabilidade para milhares de funcionários do serviço público que trabalham há cinco anos”<sup>424</sup>, mesmo

---

<sup>416</sup>“Os procuradores e advogados de ofício, os procuradores da Fazenda nacional e os procuradores ou advogados das autarquias federais passam a integrar, em caráter efetivo, a carreira de procurador da União”. Diário da Assembleia Nacional Constituinte – Suplemento C, p. 461.

<sup>417</sup> “A primeira investidura em cargo ou emprego público, sob qualquer regime, dependerá sempre da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.” *Idem*, p. 461.

<sup>418</sup> João Agripino, *Idem*, p.461. E continua: “(...) Imaginem, V. Exa. Esses dispositivos aplicados nos Estados, onde procuradores são nomeados sempre através de prestígio ou influência política, (...) muitas vezes exercendo em caráter permanente a advocacia, sem dar um único dia de trabalho à União ao Estado. (...) se esta Comissão não suprimir (...) estaremos praticando um ‘ônibus espacial da alegria’, não apenas um ‘trem’, (...)”.

<sup>419</sup> Palavras de Nilson Gibson na réplica. Este era o tamanho do desleixo com o serviço público já na década de 80 do século XX no Brasil, utilizado como “cabide de emprego” para os “amigos do rei”, muitos amigos e muitos reis. E é o que ainda acontece, devido aos abusos ocorridos quanto à criação de cargos comissionados, que podem ser ocupados por nomeados sem concurso e pela nomeação destes embasadas na pessoalidade, em personalismo, clientelismo, nepotismo, favoritismo e partidarismo. Diante do debate, o que fica patente é a necessária moralização do serviço público que até então era “casa da mãe Joana”, de acordo com os mandos e desmandos daqueles que detinham o poder e nomeavam seus apadrinhados para os cargos, e que estes, muitas vezes, se tornavam “servidores fantasmas”.

<sup>420</sup> “São estáveis os atuais servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, à data da promulgação desta Constituição, contem, pelo menos, cinco anos de serviço na administração direta e indireta, inclusive em fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”. Complemento C, p. 478.

<sup>421</sup> O PT e PDC.

<sup>422</sup> Plínio Arruda Sampaio, Complemento C, *Idem*, p. 478.

<sup>423</sup> Na réplica, Gerson Peres dizendo sobre o PT.

<sup>424</sup> Complemento C, p. 478.

sendo a favor da estabilidade para os trabalhadores brasileiros e que: “(...) não está se fazendo ‘trem da alegria’ (...) porque o trenzão da alegria só existiria” se nomeassem “servidores a partir da data da promulgação da Constituição”, mas o que estavam fazendo era para garantir “o emprego de milhares de trabalhadores que há cinco anos servem no Poder Público”.<sup>425</sup>

E nesse contexto se toca no apadrinhamento, espécie de privilegiamento como o nepotismo, criticando a falta de profissionalização do serviço público e de ‘segurança’ do servidor exposto à vontade e interesse puramente pessoal das autoridades que detêm o poder.<sup>426</sup>

A discussão em torno da moralidade ou imoralidade continua quanto à possibilidade de se permitir a acumulação de determinados cargos<sup>427</sup> e se demonstra a necessidade de moralização do serviço público, que passa pelo expurgo constitucional de ‘jeitinhos brasileiros’ os quais encapam atos imorais dissimulando-os e simulando uma falsa moralidade.<sup>428</sup>

Igualmente, observa-se no Destaque nº 4246-87 da Emenda nº ES 22775-1,<sup>429</sup> que propunha estender a obrigatoriedade do concurso público para a “contratação de serviços autárquicos, empregados de empresas públicas, da sociedade de economia mista e das fundações, universalizando uma norma, hoje, privativa de algumas estatais” a fim de que todos fossem favorecidos de “forma mais transparente, democrática”, completando “o princípio da moralidade administrativa, da impessoalidade e da

---

<sup>425</sup> Complemento C, p. 478 E completa: “Portanto, não existe imoralidade. Se existisse, as Constituições de 1946 e 1967 também seriam imorais, porque estabeleceram os mesmos critérios.” Aqui fica patente novamente, que a defesa dos constituintes quanto ao não ‘trezão’ se embasa na mesma argumentação, que o ‘trenzão da alegria’ ocorre quando as nomeações são realizadas ilimitadamente, sem critério, de forma imoral.

<sup>426</sup> Siqueira Campos afirma que “o servidor público (...) após cinco anos de trabalho só pode ser demitido por perseguição de vencedores ocasionais” e que não “se trata de uma imoralidade, trata-se de uma proteção a quem trabalha”, pois não seria justo deixar o “trabalhador exposto à sanha de políticos que vivem a colocar para fora do trabalho, servidores qualificados (...) substituindo-os por afilhados políticos”. *Ibidem*, p.480.

<sup>427</sup> Após a explanação de Adylson Motta: “Seria um crime, uma injustiça inominável se propuséssemos apenas retirar a proibição de acumulação de cargos e não reconhecêssemos o direito adquirido daqueles que hoje detêm dois cargos, como é o caso dos médicos, dos professores, de magistrado e professor, de técnicos, científico e professor de matéria afim, desde que haja correlação de matérias e compatibilidade de horários. (...) Queremos o direito reconhecido para aqueles que, sob o respaldo da Constituição vigente, estão hoje titulando dois empregos, porque, de agora em diante, não se permitirá mais dois empregos no texto constitucional”. *Ibidem*, p. 481.

<sup>428</sup> Antônio Britto: “(...) a fórmula apresentada (...) permitirá que todas as acumulações hoje existentes, ditas legais, sejam transformadas em direito adquirido, sem que se tenha possibilidade, Estado a Estado, Município a Município, de examinar caso a caso o que foi uma das grandes formas de fraude usadas pelo Poder Público, (...) o serviço público do País exige hoje duas moralizações: a primeira é o prestigiamento do servidor público, dando-lhe condições corretas para o exercício de sua função (...) a segunda (...) dotar a Constituição de instrumentos enérgicos para enfrentar imoralidades cometidas *Ibidem*, p. 481.

<sup>429</sup> De Jalles Fontoura.

publicidade contempladas nos art. 43”<sup>430</sup> o apreço não só pela moralidade, mas também pela publicidade e impessoalidade.

Por fim, se constata o apelo à moralidade pública também no que concerne à remuneração dos funcionários da administração indireta, conforme o disposto no Destaque n. 3876-8 da Emenda n. ES 26044-8<sup>431</sup>, quanto ao art. 63, § 6º do substitutivo n. 2<sup>432</sup>:

(...) um fato vem provocando clamor popular e indignação pública: a existência dos chamados ‘marajás, na administração pública direta e indireta, em todo o País. (...) estão incrustados na administração pública, somam vantagens, (...) benefícios (...) chegam a vencimentos (...) assustadores. (...) tem que ter uma política de austeridade na administração pública. (...) tem que ser extensiva também à administração indireta (...) às empresas estatais, a que não temos acesso, nem a imprensa consegue chegar lá, para noticiar (...) as polpudas recompensas de suas diretorias, de seus assessores (...) é preciso que lá também se instale a moralidade, a probidade, a austeridade, (...) teto (...) à sanha, à voracidade daqueles que (...) detêm cargos públicos ou a direção de empresas<sup>433</sup>.

Desta feita, foi expressamente consignada nos debates dos constituintes na ANC a necessidade de moralização do serviço público e do poder público, dos quais resultaram os dispositivos constitucionais atuais quanto à moralidade pública.

Moralidade esta que obriga “a todo agente público, do Presidente da República ao mais humilde servidor” que tenha o “dever jurídico e moral” de ser leal ao seu país, bem como de cumprir o “Direito que consubstancia a organização da sociedade política”, devendo, assim, “respeitar e fazer respeitar a ordem jurídica, que também açaμβarca o dever de melhor administração”.<sup>434</sup>

E não é só, a moralidade pública também aparece como fundamento à vedação do domínio familiar no âmbito eleitoral. É isto que se extrai dos destaques e substitutivos pertinentes à inelegibilidade de parentes dos representantes do Poder

---

<sup>430</sup> Complemento C, p. 827. Ressalta-se que o artigo 43, hoje o art. 37, tinha a seguinte redação: “A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, salvo na hipótese de rescisão do contrato de trabalho como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade”.

<sup>431</sup> De Gastone Rigui.

<sup>432</sup> Gastone Rigui: “Nenhum funcionário, diretor ou empregador, na administração pública, direta ou indireta, de empresa estatal ou sociedade de economia mista, terá remuneração ou vantagens superiores às percebidas, respectivamente, na área municipal, pelo prefeito, na área estadual, pelos secretários de Estado e, na área federal, pelos Ministros de Estado”. *Idem*, p. 837.

<sup>433</sup> Gastone Rigui. *Ibidem*, p. 837. O destaque foi rejeitado.

<sup>434</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.114.



Executivo dos entes federados, atualmente denominada pela doutrina como inelegibilidade reflexa<sup>435</sup>.

Nesse esteio, fica registrado que para se evitar o nepotismo, aqui como domínio familiar do poder público pela via eleitoral, há de se coibir a elegibilidade dos parentes de certa autoridade pública. Assim é assentada a necessidade de ser preservar a tradição constitucional que prima por esta moralidade pública<sup>436</sup>.

Iniciado o embate<sup>437</sup> sobre o Destaque nº 836-87 – Emenda nº ES-27313 artigo 13, §7º, do Substitutivo n. 2.<sup>438</sup>, seguido<sup>439</sup> sobre o Destaque n. 3870-87 da Emenda n. ES-26031-6 quanto ao art. 13, § 9º do Substitutivo n. 2, que estabelece a inelegibilidade dos parentes dos titulares dos poderes executivos de cada um dos entes federados<sup>440</sup>, a posição tomada é contrária à redação<sup>441</sup>.

Nessa alçada, os argumentos foram rebatidos<sup>442</sup> pela argumentação de que “(...) a supressão deste dispositivo permitiria exatamente o contrário: que se tornasse, pela primeira vez neste País, elegíveis o cônjuge e o parente até segundo grau de qualquer dos detentores de cargos executivos, colocando fora uma das mais moralizadoras tradições deste País”<sup>443</sup>, sendo um “atentando contra a moralidade que deve existir no trato da coisa pública com relação às eleições” e que “Ignorar que parentes próximos de

---

<sup>435</sup> “De aplicação objetiva, independente da relação de amizade”, segundo Alexandre Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 577.

<sup>436</sup> Conforme Emerson Garcia, “(...) a preocupação com o favorecimento há muito está sedimentada no direito positivo pátrio, do que é exemplo a causa de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição da República, que alcança o cônjuge e os parentes, consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do chefe do Executivo ou de quem o tenha substituído nos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.” O nepotismo. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, jun. 2003, p.462.

<sup>437</sup> Pelo então Deputado Federal, Nelson Jobim.

<sup>438</sup> Senhor Haroldo Lima: “(...) atribui à lei complementar a fixação de outros casos de inelegibilidade (...) levando em conta a moralidade para o exercício do mandato e a normalidade e legitimidade das eleições, contra a influência (...) ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego público da administração direta ou indireta”. Complemento C, p. 593

<sup>439</sup> Por Gastone Righi.

<sup>440</sup> (...) estabelece que são inelegíveis, para quaisquer cargos, o cônjuge ou parentes até segundo grau, por consanguinidade, afinidade ou adoção, do Presidente da República, do Governador e do Prefeito que tenha exercido mais da metade do mandato, e só ressalva os que já exercem mandatos eletivos.” *Ibidem*, p. 593

<sup>441</sup> Com “esta redação (...) qualquer pessoa que morar no Rio Grande do Sul e for parente de um prefeito no Rio Grande do Norte não poderá candidatar a nenhum cargo eletivo dentro do país. É uma verdadeira aberração. (...) não é preciso que a Constituição vá ao ponto absurdo da proibição total e absoluta de eleição mesmo para parentes por afinidade. (...) é o cunhado, alguém que sequer escolheu o parentesco e nem mesmo tem a consanguinidade ou liame familiar estabelecido”. *Ibidem*, p. 599. Neste ponto é interessante frisar que esta aberração que se refere é tanto quanto ao à extensão territorial envolvida na proibição, quanto à amplitude da vedação familiar, o que, inegavelmente, *mutatis mutandis*, também constitui objeto de severas críticas doutrinárias à Súmula Vinculante n.13 do STF.

<sup>442</sup> Por Antônio Britto.

<sup>443</sup> *Ibidem*, p. 600.

Governadores, cônjuges candidatos, por exemplo, são beneficiados pelo poder público, (...) em suas eleições, seria tapar o sol com a peneira”.<sup>444</sup>

Contudo, este substitutivo foi rejeitado e apresentado outro,<sup>445</sup> quando foi realizada uma explanação completa sobre o tema<sup>446</sup>, pois além de se aduzir que a inelegibilidade de parentes das autoridades políticas em voga é uma tradição constitucional no Brasil<sup>447</sup>, ainda restou claro que aquilo que embasa e sempre embasou esta vedação constitucional é a necessidade de se obstar o nepotismo e a manutenção de domínios familiares no poder público.<sup>448</sup>

O substitutivo foi aprovado. Daí a notoriedade de que tanto a Constituição veda o nepotismo, que é este o motivo da inelegibilidade reflexa, expressa no artigo 14 § 7º do texto constitucional.

Nesse ínterim, vale ressaltar que não seria lógico que o texto constitucional obstasse, por um lado, o domínio familiar pelo meio político eleitoral e, por outro, permitisse o mesmo o poderio deste clã pelas vias administrativas, de nomeação em cargos públicos e/ou administrativos<sup>449</sup>.

---

<sup>444</sup> Gerson Peres que completa. Complemento C, p. 600. E continua: “É a realidade brasileira (...) temos de manter o texto (...) que sustenta a moralidade na coisa pública. Não vamos, (...) abrir a porta para que no País ocorram fatos degradantes, (...) essa proibição é válida. (...) moralidade não tem limite nem jurisdição (...) a utilização do poder é dentro do território nacional”. E foi este o pensamento adotado pelos Ministros do Supremo ao elaborarem a S.V. n.13.

<sup>445</sup> Do Relator, Bernardo Cabral.

<sup>446</sup> Por Ruy Barcelar.

<sup>447</sup> “Por um lapso (...) deixou de incluir a inelegibilidade dos parentes de segundo grau, afins e por adoção do Presidente da República. (...) No que concerne às inelegibilidades oriundas do grau de parentesco, por consanguinidade ou afim, já a Carta Constitucional de 1891 tornava inelegíveis para o cargo de Presidente, os parentes consanguíneos e afins, do 1º e 2º graus, do Presidente e Vice-Presidente da República ou de quem se achasse em serviço no momento da eleição, ou de quem tivesse deixado até 6 meses antes. A Constituição de 1934 considerava inelegíveis os parentes até o terceiro grau do Presidente da República que não se afastasse do cargo pelo menos um ano antes. A Carta autoritária de 1937 (...) se omitiu com relação ao tema.(...) a Constituição de 1946 voltou a considerar inelegíveis os parentes consanguíneos e afins, até o 2º grau, não só do Presidente da República, mas também dos Governadores e Prefeitos, estendendo-se este impedimento, (...) ao cônjuge dessas autoridades. (...) A Constituição de 1967 (...) diferença é a extensão das inelegibilidades aos parentes até o 3º grau e aos parentes por adoção. (...) Emenda Constitucional n. 22, de 1982, à (...) de 1967, com a redação dada pela Emenda n. 1 de 1969, mantém a inelegibilidade por parentesco, voltando-se o limite de até 2º grau (...) no território de jurisdição do titular. (...) O projeto da Comissão de Sistematização, art. 28, II, letra g, considera igualmente inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes por consanguinidade, afinidade ou adoção (...) já o substitutivo (...) repete a redação dada pelas Constituições de 1946 e 1967, (...) sem tornar inelegíveis o cônjuge e os parentes de Presidente da República. (...)” Ata de Comissões, p. 683 – 684.

<sup>448</sup> (...) a tradição constitucional brasileira sobre inelegibilidade por grau de parentesco (...) sempre contemplou esse impedimento como forma necessária para evitar o nepotismo ou a perpetuação no poder através de interposta pessoa, deve ser mantida. A intenção do legislador brasileiro, ao longo de nossa história, foi de impedir que aqueles que detêm uma parcela do poder de governar, tendo sob o seu controle a máquina administrativa ou aquele que deixou o cargo às vésperas das eleições, favoreçam seus parentes, prevalecendo-se da autoridade que tem, ou aproveitando-se da influência que ainda mantém decorrente da proximidade do afastamento do cargo. Visou-se preservar a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência ou abuso do exercício de função ou cargo. Daí nossa iniciativa de apresentar emenda no sentido de restabelecer a tradição constitucional brasileira e ao mesmo tempo, alertar (...) para o tema que achamos de grande importância para a normalidade e a moralidade da vida política brasileira. (grifos nossos) *Idem*, 683-684.

<sup>449</sup> Quem não pode o mais, pode o menos?

Ainda na esfera eleitoral, ao se dispor sobre o voto e a eleição em dois turnos, o personalismo é lembrado como uma chaga aberta no sistema eleitoreiro—governamental do país.

Neste diapasão, fala-se sobre o “conservadorismo mesclado (...) pelo clientelismo e pelas benesses da máquina do Poder Executivo, que está vinculado (...) com o empreguismo e com todo esse fisiologismo que tem dominado a política brasileira ao longo desses anos”<sup>450</sup> e, portanto, constata-se que: “A questão eleitoral (...) é crucial para se ter uma democracia, não do autoritarismo, do clientelismo e do fisiologismo, (...) que (...) espelhe parte da verdade do voto”.<sup>451</sup>

E, no Destaque nº 7746-87 que dispunha sobre eleição em dois turnos a argumentação exibida se reporta à longa história da pessoalidade sempre presente no âmbito do poder público brasileiro e expõe a falta de probidade encrustada na orbita governamental-administrativa, onde transita livremente o nepotismo,<sup>452</sup> que remonta à época do ‘coronelismo’ e da República Velha.<sup>453</sup>

Após toda esta explanação, se conclui que os constituintes estavam absorvidos não apenas em garantir a moralidade administrativa do serviço público em si, mas a moralidade pública em sentido amplo, aquela que vigora no sistema, no Estado, no governo e na administração.<sup>454</sup>

Nesse esteio, vale ressaltar que o concurso público, em meio à argumentação quanto à moralidade pública,<sup>455</sup> é observado, a uma, como instrumento moralizador da máquina administrativa e do seu serviço público e a duas, como elemento constitucionalmente inibidor do nepotismo.

---

<sup>450</sup> José Genoíno, Ata das Comissões, p. 685.

<sup>451</sup> *Idem*, p. 685.

<sup>452</sup> Gerson Peres. Que ainda afirma: “O processo de dois turnos é (...) reacionário, (...) antipopular, é contra o avanço da própria esquerda que o enaltece irresponsavelmente, sem noção histórica, intelectual, sem sequer seriedade ou probidade. (...) Os governos haverão de ser partilhados, as secretarias divididas, as diretorias vendidas, o nepotismo, o filhotismo, o apadrinhamento se dará em toda a extensão para que o candidato compre essa maioria absoluta” .Suplemento C, p.760-761.

<sup>453</sup> “(...) a influência do poder do Governo municipal, do poder do Governo estadual, ainda está arraigado (...) e nós vamos assistir a espetáculos degradantes com as eleições de dois turnos, vencendo sempre aquele que vai deter a máquina”, *Idem*, p. 762.

<sup>454</sup> Diante disto, como afirmar que o nepotismo refere-se apenas à órbita administrativa e não governamental? Já não ficou exposto que é o nepotismo a fundamentação da inelegibilidade reflexa? E não é a eleição o instrumento imprescindível ao governo? Então não seria também nepotismo as nomeações em cargos políticos, governamentais? Se é nepotismo a eleição para deputada federal por um Estado, da filha do governador deste Estado, porque não seria nepotismo a sua nomeação para ser Secretária de uma das Pastas estaduais do governo de seu pai? Esta é outra crítica levantada pela doutrina quanto à redação da S.V. n.13 que não abarcou a vedação da nomeação para cargos políticos como nepotismo.

<sup>455</sup> Pela fala de Adylson Motta quanto ao serviço público, ao analisar o substitutivo do Relator Bernardo Cabral.

E, ainda, que foi apresentada uma emenda<sup>456</sup> que expressamente vedada o nepotismo na função pública e nos cargos comissionados, os quais seriam apenas destinados aos titulares de direção superior, do denominado primeiro e segundo escalão da Administração Pública.<sup>457</sup>

Assim, quando se remonta ao binômio composto por um lado pela Moralidade Pública, consagrada pela Constituição da República de 1988, e por outro, pelo nepotismo, deve-se enfocar que a moralidade pública é diretriz decorrente do próprio princípio republicano, que veda que qualquer ato seja realizado em detrimento da igualdade.

E nesse contexto se observa que a Constituição Federal, embora não tenha se referido expressamente ao nepotismo em nenhum dos seus dispositivos, o exortou do “atual estágio do nosso viver”,<sup>458</sup> já que desde o seu artigo primeiro estabeleceu o princípio republicano incompatível com atos como o nepotismo.<sup>459</sup>

É também neste esboço que se constata que a Constituição Federal de 1988 determinou no seu art. 14, § 7º: a inelegibilidade de cônjuges, parentes consanguíneos, afins e por adoção, até o segundo grau, de políticos, deixando patente a incompatibilidade do nepotismo com os seus preceitos.

---

<sup>456</sup> Por Adylson Motta.

<sup>457</sup> “(...) temos que mudar a fisionomia da função pública e do funcionário público (...) cuidar é do ingresso de alguém na função pública, que é pela porta do concurso (...) obrigatoriedade da organização do funcionário em carreira (...) continua constando aqui neste substitutivo (...) uma emenda que eu apresentei no primeiro momento, que proíbe o nepotismo na função pública e limita a utilização do cargo de confiança (...) ficariam adstritos apenas aos titulares de Ministérios, a Chefes do poder, a secretários talvez de Ministérios, a dirigentes máximos das entidades paraestatais (...)”. Adylson Motta. Ata das Comissões, p. 787. Tal proposta não foi aprovada, mas se tivesse sido, poderia ter, ao menos, limitado o nepotismo a alguns cargos políticos e outros públicos que restariam como cargos de confiança, de livre nomeação.

<sup>458</sup> VASCONCELOS, Telmo da Silva. Princípio Constitucional da Moralidade e o Nepotismo, *Revista L & C*, n. 50, ago. 2002, p. 30.

<sup>459</sup> Por isto Paulo Modesto afirma que: “(...) respeitar o interesse comum, dirigir-se ao interesse público, exige do agente público republicano a adoção de critérios igualitários e de mérito no acesso aos cargos públicos de sua livre escolha, em qualquer estrato do Poder, dentro do Estado. Todos são iguais em uma República, são cidadãos, com cargas públicas e direitos iguais. A proteção de privilégios de origem familiar na intimidade do Estado é a antítese do regime republicano.” MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, ano 11, n. 41, abr./jun. 2013, Belo Horizonte: Ed. Fórum, p. 24. E ainda completa: “Trata-se de comportamento, em qualquer extensão do conceito, evidentemente contrário ao *ethos* republicano, a princípio básicos da administração pública e a elementares preceitos de boa gestão da coisa pública, mas que foi tolerado durante toda a história do Brasil e nos vinte primeiros anos da Constituição Federal de 1988”. MODESTO, Paulo. *Op. cit.*, p. 11. Também é este o posicionamento adotado por Zélio Maia da Rocha ao afirmar que: “Nepotismo, em essência, significa favorecimento. Somente os agentes que ostentem grande equilíbrio e retidão de caráter conseguem manter incólume a dicotomia entre o público e o privado, impedindo que sentimentos de ordem pessoal contaminem e desvirtuem a atividade pública que se propuseram a desempenhar. (...) Assim, nepotismo consiste em condutas praticadas por agentes públicos que, utilizando-se dos cargos estratégicos que ocupam na estrutura estatal, passam a nomear ou manter parentes em cargos comissionados, em indiscutível prejuízo ao princípio republicano segundo o qual o da isonomia deve sempre ser potencializado com o intuito de que a coisa do povo (*respublicum*) reste plenamente preservada.” Nepotismo e concurso público. Critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na Administração Pública. *Revista jurídica Consulex*, v. 12, n. 286, 15 de dezembro. 2008., p. 40.

Daí se constata, se o domínio político familiar pela via eleitoral é constitucionalmente coibido, que dirá pela via administrativa, por meio da qual ocorre o nepotismo. “Quem não pode mais, também não pode menos”.

Mas não é só, nesse enredo estão assentados pela Constituição Federal como princípios constitucionais<sup>460</sup> basilares da Administração Pública<sup>461</sup>, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Princípios<sup>462</sup>, que longe de serem apenas meros valores, são normas que geram efeitos no mundo jurídico<sup>463</sup>, indicam “uma situação geral a ser buscada por todos aqueles que se encontrarem sob sua regência”<sup>464</sup> e conferem “coerência e unidade sistemática”<sup>465</sup> ao ordenamento jurídico, figurando como norte confiável<sup>466</sup>.

Assim, a Administração Pública, presente em todos os poderes, de cada um dos entes federados, além de obedecer a diversas “leis esparsas, que mudam com uma frequência assustadora”,<sup>467</sup> deve observar os princípios constitucionais gerais, os que a regem especificamente e, ainda, aqueles que derivam destes, pois são os princípios aplicáveis à Administração que asseguram estabilidade ao direito administrativo, vez que mesmo que as leis sejam alteradas, eles permanecem.<sup>468</sup>

Diante disto, se o administrador público descumpre um dos princípios que regem a Administração estará “ferindo a mais alta ordem de um Estado”.<sup>469</sup>

---

<sup>460</sup> Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto no RE 579.951-4 RN “os princípios constitucionais ‘consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e são ‘positivamente vinculantes’, como ensina Gomes Canotilho”. p.1888

<sup>461</sup> Expostos no *caput* do seu artigo 37 “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Que são de “observância obrigatória para os três Poderes do Estado”. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 160.

<sup>462</sup> Poeticamente, segundo Machado de Assis, é “uma verdade que nas coisas anda, que mora no visível e no invisível”. Citação do autor na fala de Quincas Borba explicando a Rubião sobre “Humanitas”. *Quincas Borba*. São Paulo: EDIGRAF, 1889, p. 18.

<sup>463</sup> A análise dos princípios será realizada no próximo capítulo de acordo com a hermenêutica constitucional. Conforme o moderno entendimento “são conceituados como mandamento nuclear de um sistema, em virtude de sua relevância axiológica, que lhe outorga a condição de núcleo central da ordem jurídica.” Karl Larenz apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, in *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p.154. Entretanto existem várias posições quanto à sua ponderabilidade e aplicação.

<sup>464</sup> Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa, Luis Manuel Fonseca Pires, Maurício Zockun, Renata Porto Adri (Coordenadores) O nepotismo e os princípios da administração pública – Florivaldo Dutra de Araújo, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 120.

<sup>465</sup> MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Princípios Informativos e Interpretativos do Direito Administrativo, in: ARAÚJO, Valter Shuenquener de (coord). *Direito Administrativo em Foco*. Niterói: Ed. Impetus, 2005, p.30.

<sup>466</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, *Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável*, 2ª edição, Belo Horizonte: Editora Forum, 2006, p. 62.

<sup>467</sup> *Idem*, p. 159.

<sup>468</sup> *Idem*, p.160.

<sup>469</sup> EMPIROTTI, Gabriela. Nepotismo e Fiscalização: Súmula nº13 e sua eficácia. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, v. 13, n. 144, fev. 2013, p. 40.

E é nesse ensejo que os juristas afirmam que o texto constitucional coibiu o nepotismo no poder público por três dos cinco princípios basilares da Administração<sup>470</sup>, quais sejam: o da impessoalidade<sup>471</sup>, o da eficiência e o da moralidade administrativa<sup>472</sup>.

Nesse esteio é que a Constituição Federal veda a prática de atos de personalismo, dentre eles, o nepotismo, sendo imprescindível que o agente público realize o ato administrativo desconsiderando quaisquer condições de parentesco, amizade, posições partidárias ou ideológicas daquele que será nomeado<sup>473</sup>.

Daí a importância de tais princípios e da moralidade pública no estudo do nepotismo, cuja proibição, de acordo com o STF, deles deriva<sup>474</sup>.

Mas o nepotismo não é ato dissonante apenas dos princípios da Impessoalidade<sup>475</sup>, da Eficiência<sup>476</sup> e da Moralidade<sup>477</sup>, também destoia do princípio da Finalidade<sup>478</sup>.

---

<sup>470</sup> Assentados pela jurisprudência do STF como autoaplicáveis, o que se observará no último capítulo.

<sup>471</sup> Uma das formas pelas quais a Constituição consagrou este princípio foi estabelecer o acesso ao cargo público por meio de concurso público, a fim de rechaçar da administração os vícios do patrimonialismo e o personalismo, dentre eles, o nepotismo. Aqui vale apenas lembrar que o concurso público, previsto no inciso II do art. 37 da CF.88, é espécie de procedimento licitatório, regulado pela lei 8666/93, destinado a preencher os cargos efetivos do quadro pessoal dos órgãos e entidades da administração. Ele é a regra e a exceção é a livre nomeação de indivíduo a ocupar cargo comissionado, também prevista constitucionalmente.

<sup>472</sup> É evidente que atenta contra a moralidade do serviço público a contratação indiscriminada de parentes, além de ofender a impessoalidade com que deve ser regida a atuação do Poder Público. Também a eficiência do pessoal deixa a desejar (...). CAVALCANTI, Felipe Locke. O Conselho Nacional de Justiça e a efetividade dos princípios constitucionais. *Revista do advogado*, ano 32, n. 117, out. 2012, p. 92. E: “(...) o nepotismo pode ser compreendido como o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego, (...) viola os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência na Administração Pública.” ESTRELLA, Heron Nunes. Nepotismo. Aplicação da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público*. Ed. Fórum, v.10, n. 54, mar./abr. 2009, p.265.

<sup>473</sup> Por isto Diógenes Gasparini sintetiza que: “O que se quer na atualidade é ver extinto o vício de certas autoridades, dotadas do poder de prover cargos ou empregos públicos de livre nomeação e exoneração, que deles valem-se para beneficiar parentes propiciando-lhes um bom emprego”. PIRES, Luis Manuel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, ADRI, Renata Porto (Coordenadores). *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, Nepotismo Político, p. 97.

<sup>474</sup> EMPIROTTI, Gabriela. Nepotismo e Fiscalização: Súmula nº13 e sua eficácia. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, v. 13, n. 144, fev. 2013., p. 41.

<sup>475</sup> Tanto que Mayara Alice Souza Pegorer, ao analisar o nepotismo institucionalizado no papel da primeira-dama afirma que: “(...) justamente pelo papel assumido pela figura da primeira-dama, a segunda situação torna-se bem recorrente, atribuindo-se a ela a condução de instituições sem fins lucrativos que buscam promover o bem-estar social da população, empreendendo políticas sociais que vão desde a proteção à criança e ao adolescente, famílias carentes e meio ambiente. (...) poder-se-ia aventar a violação ao princípio da (...) impessoalidade e a moralidade, ao se sobrepor os interesses pessoais aos coletivos, resultando, pois, em ato contra os princípios da Administração Pública”. As primeiras damas da improbidade administrativa: do nepotismo à corrupção – Políticas públicas de efetivação dos direitos sociais. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n.141, nov. 2012, p. 56.

<sup>476</sup> Diógenes Gasparini afirma que o nepotismo “contraria a moralidade, a impessoalidade, a finalidade e a eficiência das ações administrativas” *Nepotismo Político* In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 88-89.

<sup>477</sup> Nesse sentido são as palavras de Temo da Silva Vasconcelos: “Nepotismo afigura-se à ideia de favoritismo patronal em dissonância a impessoalidade. A breve história da nação brasileira, já em seus primórdios registra a primeira manifestação de tal prática, (...) Desde então a: percorrer e macular toda a nossa história pública e privada, afigurado apadrinhamento, da assunção aos postos sem a aferição, de medidas de capacidade e merecimento. Fez-se presente, suplantando períodos despóticos e democráticos, como que pairando sobre qualquer juízo de moralidade e probidade.” O Princípio Constitucional da Moralidade e o Nepotismo, *Revista L & C*, n. 50, ago.2002, p. 29-30.

<sup>478</sup> O princípio da finalidade é citado como um daqueles infringidos pelo nepotismo, pois o administrador público ao nomear parentes para determinados cargos não visa “a finalidade pública como norte de tal ato”, mas o “beneficiário

Assim, aquele que pratica o nepotismo os inobserva, pois tal conduta rechaçada, nada mais é do que “um dos caminhos pelos quais se destrói e se adultera a administração pública, desviando-a dos fins que informam sua existência.”<sup>479</sup> Fins esses, a serem “buscados pelo poder público no Estado de Direito”,<sup>480</sup> derivados dos seus princípios e do próprio princípio da finalidade.

Desta feita, passa-se à análise da ‘relação’ do nepotismo com os princípios da impessoalidade, eficiência, finalidade, com o fito de demonstrar, que ao final e antes de tudo, o nepotismo é imoral.

### *2.3.1 O contraventor do princípio da impessoalidade.*

Como já foi dito, o nepotismo, que é perpetuado “até os dias de hoje”<sup>481</sup>, é um hábito viciado da Administração Pública brasileira, vinculado ao personalismo e ao favoritismo, avesso ao princípio da impessoalidade<sup>482</sup> e que em uma República que vige desde 1988, estruturada no trato impessoal e igualitário<sup>483</sup>, “de traços organizados, estruturados e dinamizados, segundo o direito que nele vigora”<sup>484</sup> e cujas bases não convivem “com a personalização do Poder conforme o governante em exercício”,<sup>485</sup> não há como ser aceito.

A administração pública deve ser exercida pelos seus agentes de forma imparcial, neutra e impessoal no trato com a coisa pública, na prestação dos serviços públicos, nas atividades públicas que realizam, garantindo tratamento igualitário aos

---

determinada classe em detrimento daqueles que não nasceram parentes ou não se casaram ou nem mantiveram união estável com alguém com certa influência”. ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa e ORTIZ, Laudson Cruz, Súmula Vinculante n. 13 e o combate ao nepotismo. *Revista de direito Constitucional e Internacional – RDCI*, n. 211 v. 75, p. 104.

<sup>479</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *O nepotismo e os princípios da administração pública*. In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 119.

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>481</sup> CORRÊA, Gustavo Hermont. *Princípio da Moralidade ou Eticidade da Administração Pública?* *Revista Síntese Direito Administrativo*, v.6, n 66, jun. 2011, p. 72.

<sup>482</sup> Nos termos de Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, o princípio da impessoalidade é aplicado na Administração Pública para obstar “que o administrador não seja ‘tentado’ a substituir o interesse coletivo por considerações de ordem pessoal (favorecimento ou perseguição).” *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º volume – tomo III, arts. 37- 43, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 34.

<sup>483</sup> Segundo José dos Santos Carvalho Filho: “Impessoal é (...) aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas(...) deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos, em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros(...) reflete (...) princípio da finalidade (...) o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular(...) a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial.” *Manual de Direito Administrativo*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p.15.

<sup>484</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 146.

<sup>485</sup> *Ibidem*, p. 146.

administrados<sup>486</sup> e, por isso, ao contrário, não deve ser exercida vinculada a “um comando pessoal, a um capricho ou vontade particular que cada um se obriga, mas à norma de Direito”, tendo a impessoalidade, “que se tornou princípio constitucional pela fundamentalidade de que se reveste”,<sup>487</sup> como uma de suas características principais.

Por isto, os atos administrativos devem ser “sempre destinados genericamente à coletividade, sem consideração, para fins de privilegiamento” das “características pessoais daqueles a quem porventura se dirija”, não podendo, jamais ser apropriado para qualquer fim pessoal, privado, particular, “por aquele que, em decorrência de exercício funcional, se viu na condição de executá-la”.<sup>488</sup>

E é este princípio<sup>489</sup> que garante ao administrado a administração idônea, pois “impõe ao administrador público que só pratique o ato de forma impessoal”, estando “impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros”.<sup>490</sup>

Por um lado, tanto coíbe “a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas” como veda que o ato administrativo seja praticado “unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais”<sup>491</sup> e; por outro, impede que a Administração distinga “interesses onde a lei não o fizer”, obrigando-a a atuar sem dar “precedência a quaisquer interesses em detrimento dos finalísticos”, a fim de que esteja despida “de qualquer inclinação, tendência ou preferência subjetiva”.<sup>492</sup>

---

<sup>486</sup> De acordo com Alexandre de Moraes “o administrador é um executor do ato” da entidade pública em nome da qual atua. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 817. Conforme ensina Juarez Freitas: “(...) a Administração Pública precisa dispensar um tratamento isonômico a todos, sem privilégios espúrios, tampouco qualquer manobra persecutória. (...) determina que o agente público proceda com desprendimento, atuando desinteressada e desapegadamente, com isenção, sem perseguir nem favorecer, jamais movidos por interesses subalternos”. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p.50.

<sup>487</sup> *Ibidem*, Op. cit., p. 146.

<sup>488</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19.98)*, in Os 10 anos da Constituição Federal, Alexandre Moraes (coordenador) São Paulo: Atlas, 1999, p. 154 – 155. Para Carmem Lúcia Antunes Rocha, o princípio “garante que a Administração seja Pública” e não coisa particular de um “grupo de pessoas eventualmente ocupantes dos cargos do Poder.” *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.154.

<sup>489</sup> Que “ganhou dimensão no direito administrativo, de acordo com a influência do direito italiano e alemão”. CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso Administrativo*, Lisboa: Editora Lex, 2005, p.619.

<sup>490</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 85. Conforme Carmem Lúcia: “A impessoalidade no trato da coisa pública garante (...) qualidade da res gerida pelo Estado, a sua condição de ser pública (...) voltada à concretização do bem de todos e não de grupos ou de algumas pessoas. (...) traduz-se na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador, que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, (...) revela o Estado não-Cesar”. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>491</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>492</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Princípios Informativos e Interpretativos do Direito Administrativo*, in Direito Administrativo, Coord. Valter Shuenquener de Araújo, Niterói: Impetus, 2005, p. 28.



Desta forma, como “princípio cardinal”<sup>493</sup> da Administração, não só protege “o particular contra a administração, como também a proteger a administração contra seus próprios funcionários”<sup>494</sup> e torna “ilegítima a decisão tomada em condições de parcialidade”.<sup>495</sup>

Nesse enredo, constata-se que é vetor democrático e republicano de “se dar trato público à coisa pública”, independentemente da “situação pessoal daquele que detém o cargo público”, o qual “se deve manter neutro e objetivo em sua conduta”<sup>496</sup> e tratar a todos sem qualquer espécie de discriminação seja ela benéfica ou detrimetosa.<sup>497</sup>

Em síntese, o princípio da impessoalidade estabelece que “a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida ao cidadão em geral, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza” a fim de romper o “velho costume do atendimento do administrado em razão do seu prestígio social, político, econômico, ou porque a ele o agente público com poder para nomear deve alguma obrigação ou, por fim, porque ele é seu parente”.<sup>498</sup>

É neste contexto que se afirma que rechaça do ordenamento jurídico todo e qualquer ato ou vontade fundamentada no subjetivismo, na pessoalidade ou na particularidade, que represente o “privilégio” pelo administrador público para si ou para seus parentes e amigos em razão da sua proximidade com o poder”<sup>499</sup> e que o nepotismo representa a “quebra do princípio da impessoalidade, já que sobrepõe o interesse particular ao público, com o direcionamento de nomeações”<sup>500</sup>.

---

<sup>493</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 2, Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1998, p.VIII-44.

<sup>494</sup> *Ibidem*, p. VIII 11.

<sup>495</sup> *Ibidem*, p.VIII 44.

<sup>496</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 155.

<sup>497</sup> Conforme esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello: “Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie”. Curso de Direito Administrativo, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 96.

<sup>498</sup> GASPARINI, Diógenes. Nepotismo Político. In: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, PIRES, Luis Manuel Fonseca. ZOCKUN, Maurício. ADRI, Renata Porto. (Coordenadores), p. 88.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 154

<sup>500</sup> RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio. A ilegalidade do nepotismo no poder judiciário –*Revista Jurídica Consulex*, ano IX, nº 200, p. 30. Nos dizeres de Carmem Lúcia: A impessoalidade (...) é rompida (...) quando o motivo que conduz a uma prática pela entidade pública não é uma razão jurídica baseada no interesse público, mas no interesse particular do seu autor. (...) motivado por interesse em auxiliar (...) ou beneficiar parentes, amigos, pessoas identificadas pelo agente e que dele mereçam, segundo particular vinculação que os aproxima, favores e graças que o Poder facilita, ou até mesmo, em prejudicar pessoas que destoem do seu círculo de relacionamentos pessoais e pelos quais nutra (...) desafeição ou desagrado. (...) O motivo particular não pode prosperar (...) o cometimento motivado por razões particulares é o prejuízo de quem não tenha acesso pleno e republico à Administração. ROCHA, *Op. cit.*, p.157.

A partir do princípio da impessoalidade “quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão do seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação”, uma vez que o ato administrativo não “pode ser dirigido com o intuito de beneficiar esta ou aquela pessoa”.<sup>501</sup>

É ele que se assegura a prevalência do princípio isonômico<sup>502</sup> em detrimento dos “idiossincráticos projetos de cunho particularista” fundados em “efêmeros motivos, característicos dos cultivadores do poder”,<sup>503</sup> carregados de “subjetivismos injustificáveis” e de “caprichos lesivos”.<sup>504</sup>

Desta forma, o princípio da impessoalidade é um dos princípios que obsta o Estado seja tratado como “uma ampliação do círculo familiar”, como “uma integração de certos agrupamentos”, ou ainda, como objeto “de certas vontades particularistas”.<sup>505</sup>

Mas, na realidade prática, eis aí um dos desafios que os agentes do direito, em especial, os constitucionalistas e os administrativistas devem se debruçar, já que a máquina estatal é formada por pessoas, agentes estatais, impregnados da pessoalidade, de fazer do Estado coisa sua, que pode e deve utilizar o poder para beneficiar não só a si, mas também aos seus<sup>506</sup>.

E é nesse diapasão insere-se o nepotismo, “prática ilegítima e incompatível à forma republicana da gestão da coisa pública”,<sup>507</sup> cuja vedação decorre diretamente do princípio da impessoalidade<sup>508</sup> e que “talvez seja a questão principal e mais frequentemente encontrada na Administração, a ferir o princípio da impessoalidade constitucionalmente estabelecido na esteira da opção republicana”.<sup>509</sup>

---

<sup>501</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p.9.

<sup>502</sup> Para Emerson GARCIA e Rogério Pacheco ALVES: “(...) preserva-se o princípio da isonomia entre os administrados e o princípio da finalidade, (...) sendo vedada a atividade discriminatória que busque unicamente a implementação de um interesse particular.” *Improbidade Administrativa*. 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p.21.

<sup>503</sup> *Ibidem*, 50.

<sup>504</sup> *Ibidem*, 53.

<sup>505</sup> Empirotti, Gabriele. *Nepotismo e Fiscalização: Súmula nº13 e sua eficácia*. Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte, v. 13, n. 144, fev. 2013, p. 41.

<sup>506</sup> Neste sentido Carmem Lúcia ressalta: “A grande dificuldade de garantia de impessoalidade estatal, (...) que suas atividades são desempenhadas pelas pessoas, cujos interesses e ambições afloram mais facilmente ali em razão da proximidade do Poder e, portanto, da possibilidade de realizá-las, valendo-se para tanto da coisa que é de todos e não apenas dele”. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 147.

<sup>507</sup> LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. *Supremo Tribunal Federal e o Nepotismo Top*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, ano V, n. 26, out./nov. 2008, p. 19.

<sup>508</sup> Segundo Emerson Garcia: “Identificada a prática do nepotismo, ter-se-á, de imediato, a violação ao princípio da impessoalidade, já que privilegiados interesses individuais em detrimento do interesse coletivo”. O nepotismo. *Boletim de Direito Administrativo-BDA*, jun. 2003, p. 462. O interessante é que o Presidente pode nomear seu irmão como ministro. Este ato, mesmo pessoal, não se enquadra como nepotismo, como se verá no último capítulo.

<sup>509</sup> ROCHA, Carmem Lúcia, *Op. cit.*, p. 158.

Assim, o nepotismo, resultante “da multissecular cultura do patrimonialismo”<sup>510</sup> é avesso ao ato administrativo impessoal<sup>511</sup> e torna a administração não pública, mas personalizada, antidemocrática e socialmente injusta,<sup>512</sup> se configurando como ato inválido para o Direito<sup>513</sup> e de “responsabilidade de quem lhe tenha dado causa”<sup>514</sup>.

### 2.3.2 O vício que danifica o Princípio da Eficiência

Incluído na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19/98 como princípio cardinal da Administração Pública, traduz a exigência de o agente público buscar incessantemente o melhor resultado, “sem descuidar dos mandamentos legais e dos padrões éticos subjacentes ao bom administrador”.<sup>515</sup>

É o mandamento da qualidade do serviço público, que envolve não apenas a eficiência do “modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa”, como também a eficácia dos “meios e instrumentos empregados” e a efetividade dos “resultados obtidos”<sup>516</sup>, obrigando a Administração Pública à “racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes”, em prol da “promoção do bem

---

<sup>510</sup> Expressão do Ministro Carlos Britto no seu voto às fls. 33/34 da *MC - ADC n.12/DF*.

<sup>511</sup> De acordo com José Eduardo Martins Cardozo, a Administração não pode “beneficiar ou impor sanção a alguém, em decorrência de favoritismo ou de perseguição pessoal”, por predileção ou discriminação do agente público a alguém, devido às características pessoais desta. Princípios constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/1998). In: MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 156.

<sup>512</sup> O agente público não pode exercer o ato considerando suas opiniões e interesses. Desta forma, mesmo se ele for competente, não pode nomear parente, ou amigo, para cargo público, vez que este “deve ser provido segundo os interesses e conveniências públicas e não particulares.” ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.156.

<sup>513</sup> Tendo a teoria da nulidade, plena aplicação ao mesmo. *Ibidem*, p. 155.

<sup>514</sup> *Ibidem*, p. 151. A autora ainda elucida que: “(...) se o ato no qual emerge a pessoalidade na Administração tem conotação nepotista, por exemplo, aquele que foi favorecido com cargo ou emprego público pela qualificação familiar, terá desfeito o ato de sua nomeação ou contratação (...) obrigação de a entidade pública regressar contra o agente que tenha atuado com personalismo, paternalismo, clientelismo, subjetivismo e toda e qualquer outra forma de agravo ao princípio constitucional da impessoalidade administrativa. Esta é a norma jurídica a ser acatada e cumprida rigorosamente para garantia dos demais princípios e de todo o sistema constitucional republicano”. *Ibidem*, p. 170-171.

<sup>515</sup> GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 35. Hely Lopes Meirelles, mesmo de a eficiência ser princípio constitucional, já a elucidava como o dever da administração que “atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço”. Direito Administrativo Brasileiro, 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996, p.90. É conhecido, nos dizeres de Diógenes Gasparini, “entre os italianos como dever da boa administração”. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p.21. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a eficiência é o “dever administrativo por excelência. (...) faceta de um princípio mais amplo (...) da boa administração.” Curso de Direito Administrativo, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104.

<sup>516</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio de Janeiro:Ed. Lumen Juris, 2007, p.19- 20.

comum”, de forma que sua atuação estatal seja “juridicamente eficiente quanto seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório.”<sup>517</sup>

Dessa forma, impõe o dever da eficiência aos administradores públicos, que “reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa”,<sup>518</sup> fazendo “que os sujeitos da atividade tenham qualificação compatível com as funções a seu cargo”<sup>519</sup> e, portanto, obstando que a “histórica confusão que os administradores públicos, com honrosas exceções, têm feito entre patrimônio público e privado,”<sup>520</sup> o que suscita o entendimento de que “certamente não atenderia o princípio da eficiência a nomeação de parente próximo da autoridade, com poder para nomear e por ela nomeado para exercer o cargo de provimento em comissão”,<sup>521</sup> pois “não se pode esperar o desempenho eficiente das funções pelos servidores que configurem nomeações favorecidas”.<sup>522</sup>

O cerne da problemática está no fato de que a nomeação de parentes comprometeria a qualidade total desejada nos serviços públicos, pois a nomeação de familiares de autoridades danificaria a eficiência da administração em dois ângulos: um, pelos nomeados não possuírem a isenção necessária a realizar a atividade pública de forma neutra e eficiente e em outro, pela autoridade nomeante, gestora, ser parcial quanto ao seu familiar.<sup>523</sup>

---

<sup>517</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/1998). In: MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 165- 166.

<sup>518</sup> De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando os atos são realizados com “qualidades intrínsecas de excelência”, obtém-se “o melhor atendimento possível das finalidades previstas em lei”, conforme “parâmetros objetivos”, “destinados à aferição dos resultados alcançados pela administração.” NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed, São Paulo: Renovar, 2001, p. 41.

<sup>519</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio de Janeiro:Ed. Lumen Juris, 2007, p. 52. Tanto que, de acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a eficiência é entendida: “(...) como melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, na ação administrativa pública, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano dos resultados, e como uma característica jurídica exigível de boa administração dos interesses públicos”. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>520</sup> Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na p. 1899 do RE 579.951-4 RN, de 20.08.2008.

<sup>521</sup> GASPARINI, Diógenes, *Nepotismo Político* In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.89.

<sup>522</sup> *Ibidem*, p.91.

<sup>523</sup> Nestes termos, Zélio Maia da Rocha afirma: “A vedação ao nepotismo se justifica porque, sendo o parentesco o fundamento da nomeação para ocupar cargo em comissão, não se imagina que o dirigente irá fiscalizar com o mesmo rigor o parente, e sim que há uma natural tolerância, a qual não existiria numa relação de subordinação sem qualquer grau de parentesco. Veja que não se pode permitir, na avaliação do nepotismo, a utilização de um critério subjetivo para concluir se o parente foi ou não beneficiado de forma indevida. Esse benefício deve ser presumido, pois, como se trata de coisa pública, a proibição existe, ou seja, se o processo de nomeação é passível de ser influenciado, indevido é o ingresso do parente”. *Nepotismo e concurso público. Critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na Administração Pública. Revista jurídica Consulex*, v. 12, n. 286, 15 de dezembro. 2008, p.41.

### 2.3.3 O fim avesso ao Princípio da Finalidade e ao Interesse Público

Do elenco dos cinco princípios expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal que regem a Administração, outros princípios que também são diretrizes do poder público e, dentre estes, o princípio da finalidade, decorrente do princípio da legalidade.

Tal princípio é intimamente ligado ao princípio da indisponibilidade do interesse público, pois “institui um dever jurídico para a Administração, de dar o devido atendimento aqueles fins consagrados como de específico interesse público”<sup>524</sup> e traduz a obrigação da Administração Pública executar os seus atos de acordo com o fim disposto em lei,<sup>525</sup> voltado a satisfazer o interesse público,<sup>526</sup> já que “administrar não é atividade de que é senhor de coisa própria, mas gestor de coisa alheia”.<sup>527</sup>

O princípio da finalidade alicerça a execução da função administrativa no interesse público, a ser perseguido pela Administração Pública que se sobrepõe ao privado e “não pode ser livremente disposto por aqueles que, em nome da coletividade, recebem o dever-poder de realiza-los”,<sup>528</sup> restando ferido quando a finalidade do ato praticado pelo agente público é voltada a interesse diverso do interesse público, como “ao benefício pessoal ou ao prejuízo particular, por razões subjetivas”.<sup>529</sup>

É o que ocorre quando o administrador pratica o nepotismo, pois não atua como agente público, que executa sua atividade em prol do interesse público, mas como agente privado, que visa satisfazer interesses de cunho pessoal, confundindo, assim, o espaço público com o privado,<sup>530</sup> deixando de “realizar a ponderação exclusiva dos interesses públicos relevantes para incluir na estrutura do processo decisório administrativo a tutela de interesses familiares e pessoais estranhos ao bem comum (res

---

<sup>524</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed, São Paulo: Renovar, 2001, p.28.

<sup>525</sup> De acordo com Carmem Lúcia Antunes Rocha, “Os fins são a destinação imanente à pessoa pública. Eles são a razão de ser da existência do Estado, o seu sentido e a sua justificativa”. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 192.

<sup>526</sup> “Somente o interesse público legitima o comportamento da Administração Pública. E apenas a conduta administrativa legítima tem sede no Direito do Estado Democrático.” *Ibidem*, p. 214.

<sup>527</sup> Rui Cirne Lima *apud* Ministro Carlos Britto no seu voto na p. 36 da Medida Cautelar da ADC 12-6/DF de sua relatoria, de 16.02.2006.

<sup>528</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/1998). In: MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p.149.

<sup>529</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 157.

<sup>530</sup> Nos dizeres de Diógenes Gasparini: “(...) é fácil ver que não se caracteriza como de interesse público o relativo à certa pessoa ou grupo de pessoas, a uma família, (...) na nomeação para ocupar cargo de provimento em comissão de parente próximo da autoridade (...) sem qualquer preocupação com a qualificação ético-profissional do nomeado”. *Nepotismo Político* In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 92.

publica)”<sup>531</sup> e, viciando, assim “o ato de nomeação, direta ou transversa, de parente de autoridade com poder para nomear proporcionando-lhe um bom cargo ou emprego público”.<sup>532</sup>

#### 2.3.4 A Moralidade Pública antídoto do Nepotismo.

Neste tópico passa-se à análise da Moralidade Pública como pilar da vedação do nepotismo, seja em sentido amplo, decorrente do princípio republicano; seja em sentido estrito, como fundamento de norma infraconstitucional; seja como princípio, densificado pelos outros princípios ou base destes.<sup>533</sup>

Ora dita pública, ora dita administrativa, ora observada como norma concreta,<sup>534</sup> ora como vista como uma norma em branco<sup>535</sup> densificada por outros princípios<sup>536</sup>, o certo é que a Constituição Federal deu:

(...) especial relevância à moralidade Administrativa, como princípio norteador próprio da atividade da Administração Pública, (...) ao elencá-lo entre os cinco princípios expressos, (...) ao mencioná-lo como condição de validade do ato do Poder Público, (...) ao categorizar a probidade na

<sup>531</sup> MODESTO, Paulo. *Nepotismo em cargos político-administrativos*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, abr/jun.2013, p.19.

<sup>532</sup> GASPARINI, Diógenes, *Nepotismo Político* In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.95.

<sup>533</sup> Por isto, de acordo com Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos: “(...) o princípio da moralidade é o princípio central e o maior dos quatro, nele se fundamentando toda a Administração Pública, até porque quem queira representar a nação, tornando-se servidor público, deve postar-se acima de qualquer suspeita e ser dotado de idealismo que supere o dos demais cidadãos. É que, em uma visão correta do poder, tem ele a honra e o privilégio de servir aos cidadãos e à pátria. Não se pode admitir que um servidor público seja um imoral, um corrupto, um peculatório, posto que seu crime é, na minha particular visão de interpretar o princípio da moralidade administrativa, superior aos demais, visto que, tendo se apresentado como alguém disposto a servir a sociedade, sobre ela tripudia, graças à função que exerce. Não consigo ver o administrador público senão como alguém com predicados superiores aos demais cidadãos, razão pela qual se dispõe a servir a sociedade e creio ter sido esta a razão pela qual o constituinte houve por bem inserir o princípio da moralidade pública como o mais relevante princípio do direito administrativo. “A mulher de César não deve ser apenas honesta, mas deve parecer ser honesta” diziam os antigos com acuidade, eis que quem governa tem que possuir a confiança dos governados e a idoneidade é o elemento mais denso para que mereça essa confiança”. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º volume – tomo III, arts. 37-43, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 4 – 5.

<sup>534</sup> Base da ação popular e da probidade administrativa.

<sup>535</sup> Para Ricardo Marcondes Martins é “uma regra de estrutura porque disciplina o exercício da função administrativa (...) trata-se de uma regra em branco, pois se reporta a todas as regras éticas objetivadas (...) exige complementação, a apuração de quais são os deveres éticos.” Princípio da moralidade administrativa. In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.323. Egon Bockman Moreira, entende que é um ‘princípio jurídico em branco’ cujo ‘conteúdo não se exaure em comandos concretos e definidos (...) estabelece é uma finalidade a ser perseguida e implementada. *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, Luis Manuel Fonseca Pires, Maurício Zockun, Renata Porto Adri (Coordenadores) O princípio da moralidade e seu controle objetivo, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 102.

<sup>536</sup> Segundo Luis Manuel Fonseca Pires “(...) o princípio da moralidade administrativa, prescrito no art. 37, caput, da Constituição Federal, é uma norma jurídica de eficácia plena que não guarda dependência, para a sua significação, apenas de regras jurídicas, mas, (...) que igualmente pode qualificar-se como norma legítima a ser aplicada para permitir ou vedar dado comportamento em razão de outros meios de densificação ou significado (...) se a moralidade administrativa não se confunde com a moral comum, por outro lado a moralidade administrativa não depende única e exclusivamente de uma ‘regra jurídica’ para externar o seu significado, pois é possível compreendê-la e concretizá-la com uma leitura tópica e sistemática de toda a ordem jurídica em vigor Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, Maurício Zockun, Renata Porto Adri (Coordenadores), p. 239-240.

administração, como valor jurídico inviolável pelo Presidente da República, e, finalmente, (...) ao cominar os atos de improbidade administrativa.<sup>537</sup>

Nesse ensejo, quando se observa a moralidade administrativa de forma concreta, volta-se o olhar para “os próprios meios de ação escolhidos pela Administração Pública” que age de forma contrária à moral pública quando o conteúdo do seu ato é avesso “ao senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições”.<sup>538</sup>

Desta forma, a moralidade administrativa, se observada no ordenamento jurídico, “passou a ser conceito elaborado com força de elemento autônomo na formação e informação do comportamento administrativo juridicamente válido.”<sup>539</sup> Sendo norma que juridicamente, por si só, impõe “a honestidade na gerência da *res publica*”,<sup>540</sup> pois sua obediência é cogente ao agente público e, ainda, como lastreia o controle objetivo dos atos administrativos, possibilita, de forma autônoma, sua invalidação<sup>541</sup> e consequente “responsabilização dos agentes públicos que se afastaram dessas diretrizes obrigatórias”.<sup>542</sup>

Por isto, pode-se dizer que a ação popular é “marco imprescindível na sede de moralidade administrativa”,<sup>543</sup> que a lastreia não apenas como um princípio, mas como um instrumento de resguardo do próprio interesse público, mesmo porque qualquer

<sup>537</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Administrativo*. Coord. Valter Shuenquener de Araújo, Niterói: Impetus, 2005, *Princípios Informativos e Interpretativos do Direito Administrativo*, p. 29.

<sup>538</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p.178. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello “tal princípio assume foros de pauta jurídica” porque “compreendem-se em seu âmbito (...) os chamados princípios da lealdade e boa-fé, (...)”. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 101.

<sup>539</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.187.

<sup>540</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed., Malheiros, 2004, p.56.

<sup>541</sup> Conforme Ives Gandra Martins: “A primeira consequência a nosso ver da encampação desse princípio é o aumento do âmbito do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa.” *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º volume – tomo III, arts. 37-43, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 38.

<sup>542</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 816. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella de Pietro afirma: “A partir do momento em que a Constituição Federal, no artigo 37, inseriu o princípio da moralidade entre os de observância obrigatória pela Administração Pública e, no artigo 5º, inciso LXXIII, colocou a lesão à moralidade administrativa como um dos fundamentos da ação popular, ela veio permitir duas conclusões: a primeira é a de que o ato administrativo que infrinja a moralidade administrativa é tão inválido quanto o ato ilegal; a segunda (...) é a que, sendo inválido, o ato administrativo imoral pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, para fins de decretação de sua invalidade.” DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 186.

<sup>543</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Op. cit.*, 220. A autora ainda informa que a “Constituição de 1934 introduz, em seu art. 113, inciso 38, a ação popular” e que foi “reintroduzida na esfera Constitucional em 1946, pelo artigo 141, § 38, porque tinha sido “excluída da Carta de 1937”. Outrossim, assevera que em 1957 foi publicada a Lei n. 3.164 que tratava da ação popular e que, novamente, em 1958, foi inserida outra lei no ordenamento jurídica, a Lei n. 3.502, que trouxe à lume uma ‘ação popular especial’. Afirmo a autora, que a primeira tinha como finalidade “coibir o enriquecimento ilícito dos servidores públicos (...) e dos dirigentes e empregados de autarquias e dos que lhe são equiparados” e que a segunda visava “a anulação ou decretação de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio”. E, por fim, que “em 1965 foi editada a Lei n. 4.717, regulamentando o artigo 141, §38 da Constituição de 46.” *Ibidem*, p. 220-222.

cidadão pode intentar a citada ação com “a pretensão de anular atos do Poder Público”<sup>544</sup>, por terem sido realizados em dissonância com a moralidade administrativa. Neste ensejo, ao se capitular o nepotismo como um ato imoral, isto é ‘lesivo à moralidade’,<sup>545</sup> pode-se requerer sua anulação por meio da ação popular.

De outro lado, ao pensar na moralidade como uma norma autônoma, que produz efeitos no mundo jurídico, não há como não fazer referência à probidade administrativa, sua descendente, dita “particular aspecto da moralidade administrativa que recebeu da Constituição Federal um tratamento próprio”.<sup>546</sup> Tamanha a sua importância, que não apenas está explícita no §4º do art. 37 do texto constitucional, como também regulamentada por meio da Lei n. 8.429/92, denominada Lei de Improbidade Administrativa, que veda todo e qualquer ato que configure “grave violação do senso médio superior da moralidade e (...) inequívoca intenção desonesta.”<sup>547</sup>

Nesse diapasão, imprescindível destacar que esta lei consagrou “a Moral no âmbito do Direito, ao considerar como atos de improbidade os que atentam contra os princípios da Administração”<sup>548</sup> e, por conseguinte, tornou o nepotismo, ato que atenta contra os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência que regem a Administração, também um ato de improbidade administrativa.

Diante disto, constata-se que a moralidade pública obriga que os atos dos administradores públicos se adequem aos valores albergados por ela, não bastando aos agentes públicos brasileiros cumprir apenas os estritos termos da lei, vez que também devem agir em conformidade com os “valores morais juridicizados”.<sup>549</sup>

---

<sup>544</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio de Janeiro:Ed. Lumen Juris, 2007, p. 17.

<sup>545</sup> Artigo 5º, inciso LXXIII da CF /88.

<sup>546</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p.11. A partir dos comentários de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a probidade: “(...) consiste no dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.” *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2001, p.95. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “(...)abrange todo e qualquer agente público, seja qual for a situação que o vincule ao Poder Público, bem como aqueles que, não sendo agentes, concorram para as condutas de improbidade ou delas se beneficiem.” *Op. cit.*, p.50. E conforme Juarez Freitas: “O princípio da moralidade tornou-se, assim, pedra de arrimo do edifício jurídico. (...) Logo, o agir eticamente universalizável desponta como imposição válida para as relações jurídicas, independentemente de assumirem natureza pública ou privada.” FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade administrativa. In: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, Luis Manuel Fonseca Pires, Maurício Zockun, Renata Porto Adri (Coordenadores) 2008, p. 196.

<sup>547</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>548</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed, São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 189.

<sup>549</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *Princípio Constitucional da Moralidade e o exercício da função administrativa*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.78. Nesse enredo o autor afirma que o administrador público “(...) ao interpretar as



E, assim, seja ao encampar<sup>550</sup> “outros princípios, ou inserida no contexto do dever de boa administração”<sup>551</sup> visa obstar a “postura de quem se considera o dono da coisa pública”,<sup>552</sup> fundamentar e direcionar o sistema<sup>553</sup> normativo que rege o poder público, como sua pedra angular,<sup>554</sup> possuindo, portanto, “primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados”.<sup>555</sup>

Isto porque o conteúdo da moralidade administrativa retrata o comportamento público ideal, de forma que toda atuação administrativa deveria partir dela e a ela se voltar,<sup>556</sup> abarcando o determinado por outros princípios que regem a administração, que estão tão intimamente ligados a ela, como elos em uma cadeia, que o agente público ao inobservá-la, estará automaticamente infringindo os demais.

Tanto que se observa o elo da moralidade com a substância de outro princípio basilar da Administração Pública, o da impessoalidade, pois para que o ato administrativo seja moral, prioritariamente há de ser impessoal,<sup>557</sup> desprovido de qualquer motivação ou manifestação de caráter pessoal agente público.<sup>558</sup>

Ela obsta “desmandos de maus administradores” que almejam satisfazer “seus próprios interesses” ou até “interesses inconfessáveis, relegando para o último plano os preceitos morais de que não deveriam se afastar”, de forma que resta vulnerada quando

---

normas nas quais se refletem, visando sua aplicação, e ao avaliar situações de fato para detectar sua incidência, não pode ignorar o sentido que os conceitos que expressam valores têm no seio da coletividade de que promanam, e em dado momento histórico, mas sempre atentos ao enfoque contextual do sistema normativo.” *Op. cit.*, p. 85.

<sup>550</sup> “Este princípio substantivo (...) informa vários institutos atinentes ao controle da Administração Pública, notadamente os que dão suporte ao desempenho dos agentes políticos e administrativos.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Princípios Informativos e Interpretativos do Direito Administrativo*, in *Direito Administrativo*. Coordenador Valter Shuenquener de Araújo, Niterói: Impetus, 2005, p. 30.

<sup>551</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, 2ª edição, Horizonte: Del Rey, 2005, p. 99.

<sup>552</sup> CAMMAROSANO, Marcio, *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, 115.

<sup>553</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.186.

<sup>554</sup> Conforme Juarez Freitas, “(...) a inserção de preocupações com a moralidade (...) no âmbito do Direito positivo (...) constitui-se condição ‘sine qua non’ para a sustentação democraticamente fundamentável do Estado (...) em realidade, só há direito legítimo se promover um devido processo justo, no tocante aos meios e resultados moralmente aceitáveis”. Princípio da moralidade administrativa. In: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, PIRES, Luis Manuel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, ADRI, Renata Porto (Coordenadores), p. 199.

<sup>555</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Op. cit.*, p. 214.

<sup>556</sup> É por isto que Carmem Lúcia afirma: “Assim, o que se exige (...) é a legalidade moral, vale dizer, a legalidade legítima da conduta administrativa. (...) A moralidade tem sua certeza na diferenciação entre o público e o privado e na imprescindível prevalência daquele sobre este, segundo as bases normativas”. *Op. cit.*, p. 214.

<sup>557</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes, in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, PIRES, Luis Manuel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, ADRI, Renata Porto (Coordenadores). Princípio da moralidade administrativa, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 319-321.

<sup>558</sup> É neste sentido a anotação de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: “Ao valorar os elementos delineadores da moralidade administrativa, é defeso ao agente público direcionar seu obrar por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Ao interpretar e aplicar a norma deve o agente considerar os valores norteadores do sistema jurídico, ainda que se apresentem dissonantes de sua visão pessoal.” *Improbidade Administrativa*. 1ª ed, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p.43-44.

ocorre, “(...)tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado”,<sup>559</sup> estando ferido também, o princípio da impessoalidade.

Desta forma, o princípio da moralidade, densificado pelo da impessoalidade, que encerra “a relação fiduciária” que “investe todo aquele que exerce uma função pública – pois o faz em nome da coletividade”, exige que o comportamento deste siga a “um padrão objetivo de honestidade e impessoalidade”.<sup>560</sup>

Além disso, como a nomeação se faz fundada na intimidade, há quem questione a eficiência do ato, relacionando-a com a moral, tanto quanto à gestão da autoridade quanto à eficiência do parente nomeado<sup>561</sup>.

E, por fim, mas não menos importante, a densificação da moralidade pelo princípio da finalidade, decorrente do princípio da legalidade e que prima pelo fato de o ato administrativo ser motivado e executado de acordo com os fins legais e com o interesse público. Seja este ato vinculado, ou que possua elementos discricionários, o agente não pode se descuidar de realiza-lo, tendo em vista o interesse público e objetivando o bem comum.

Tanto que a relação de conteúdo normativo é facilmente detectada entre a moralidade e a finalidade, pois para que o ato administrativo seja classificado como moral, antes deve primar pelo interesse público, almejando-o verdadeiramente,<sup>562</sup> vez que “o referencial da moralidade administrativa é a finalidade pública (...) elemento do ato administrativo (...) regra moral interna do governo da coisa pública”<sup>563</sup> e o administrador público a atinge quando realiza o ato “com vistas a resultados divorciados

---

<sup>559</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio de Janeiro:Ed. Lumen Juris, 2007, p. 16.

<sup>560</sup> PIRES, Luis Manoel Fonseca. Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, *In: Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, PIRES, Luis Manuel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, ADRI, Renata Porto (Coordenadores) p. 247.

<sup>561</sup> Destarte, Diógenes Gasparini afiança que: “O fundamento jurídico para o enfrentamento do nepotismo é o princípio da moralidade. (...) O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só a lei, mas à própria moral porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos. (...) veda-se à Administração Pública qualquer comportamento que contrarie os princípios da lealdade, da boa-fé e da eficiência”. Nepotismo Político *In: Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, Luis Manuel Fonseca Pires, Maurício Zockun, Renata Porto Adri (Coordenadores), p. 86.

<sup>562</sup> Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, seguindo a esteira de Oliveira Franco Sobrinho, o enfoque da moralidade administrativa deve ser adotado para saber se o “motivo e objeto, foram manipulados pelo agente público para produzir a falsa impressão de que suportam lidimamente a inafastável finalidade pública”. Segundo ele é “necessário ir adiante, na análise da ação administrativa, para investigar se o conjunto dos seus elementos realmente sustenta o interesse público ou apenas dão a falsa impressão de que o fazem.” *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed, São Paulo: Renovar, 2001,p.64-65. Para Juarez Freitas são “atos (...) que atentam contra a moralidade e, simultaneamente, contra outros princípios reitores da Administração Pública, seja por ação ou por inoperância, transgredindo deveres de retidão e lealdade ao interesse público.” *in Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, PIRES, Luis Manuel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, ADRI, Renata Porto (Coordenadores) Princípio da moralidade administrativa, p. 216.

<sup>563</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p.62-63.

do estrito interesse público a que deveria atender”<sup>564</sup> ou seja, desvia o ato do seu fim institucional.<sup>565</sup>

Deste modo, quando o agente pratica o nepotismo, ele motiva o ato de forma imoral e, ainda, desvia o ato administrativo de sua finalidade, pois não está embasado no bem da coletividade, mas em um interesse particular, proveniente da vontade pessoal e que visa o bem de um grupo, sua família, o que enseja o interesse privado em detrimento do público, totalmente às avessas à finalidade, como princípio ou como elemento do ato administrativo, bem com infringe o princípio da Supremacia do Interesse Público.

Neste âmbito, o ato administrativo, antes de ser ilegal, pois não visa o fim disposto em lei, é imoral, vez que seu motivo o é. Ocorrendo, o vício quando o motivo é incompatível com o ato, ou seja, quando há a eleição do objeto sem o motivo compatível, o que “(...) trai a finalidade pública do ato, prejudicando ou beneficiando um administrado sem qualquer relação com o seu dever de bem administrar”.<sup>566</sup>

E assim, sua imoralidade enseja sua ilegalidade, por meio da viciação do motivo do ato e do consequente desvio de finalidade. Esta relação é tão densa, que Maurice Hauriou, ao analisar os desvios do ato, formulou a noção de moralidade pública.

Desta feita, para que o ato seja moral deve haver uma “relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, sendo analisadas no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada”,<sup>567</sup> pois a “moralidade torna

---

<sup>564</sup> MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo, in *Direito Administrativo*. Coord. Valter Shuenquener de Araújo, Princípios Informativos e Interpretativos do Direito Administrativo, Niterói: Impetus, 2005, p.29.

<sup>565</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que “(...) para que o administrador público vulnere esse princípio, basta que administre mal os interesses públicos (...) através de atos com desvio de finalidade pública, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir (...) atos sem finalidade pública (...) com deficiente finalidade pública, reveladores de uma ineficiência (...) atos com a utilização de meios ilegítimos, como a traição da finalidade, são exemplos de má administração da coisa pública, caracterizando a imoralidade administrativa e trazendo, como consequência, a anulação do ato.” *Ibidem*, p. 30.

<sup>566</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que o “objeto é desconforme (...) quando ocorrer uma incompatibilidade lógica entre sua escolha (discricionária) e o interesse público contido na regra da finalidade. Aqui a conformidade que interessa é com o dever da boa administração, que é o ônus do administrador. (...) assume (...) o ônus moral de bem administrar”. *Mutações do Direito Administrativo*, São Paulo: Renovar: 200, p. 68.

<sup>567</sup> GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*. 1ª ed, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 48. Para Luis Manuel Fonseca Pires: “(...) não basta o cumprimento dos fins, mas é preciso que os meios, que o comportamento público atenda a padrões objetivos de moralidade administrativa.” In: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, PIRES, Luis Manuel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, ADRI, Renata Porto (Coordenadores) Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, p. 246.

obrigatório que o móvel do agente e o objetivo visado estejam em harmonia com o dever de bem administrar”.<sup>568</sup>

E, como a moralidade administrativa “atua como um verdadeiro mecanismo aglutinador, extraindo o sumo”<sup>569</sup> não só dos princípios da impessoalidade e da finalidade, como também de todos os outros princípios que regem a atividade estatal condensando-os “em *standards* que podem ser mais facilmente percebidos do que definidos”,<sup>570</sup> o nepotismo a atinge em seu cerne, em sua substância normativa. Ela, ao avesso, seja por si só ou densificando os outros princípios, é sempre o principal e mais recorrente substrato de vedação do nepotismo,<sup>571</sup> atuando como um antídoto que visa obstar que os interesses privados sejam “beneficiados com a ação estatal”.<sup>572</sup>

## 2.4 Considerações Parciais

O nepotismo foi assente no ‘direito costumeiro público’ brasileiro como herança portuguesa, antidemocrática e antirrepublicana, historicamente contemplado por aqueles que dominam o poder público desde a colonização do Brasil, de fazer da administração pública coisa sua, infringe, assim, moralidade pública.

Como uma espécie dos atos vinculados ao personalismo, faz do Estado instrumento beneficiador de famílias e persecutório de seus inimigos, traduzindo, portanto, a supremacia da vontade particular em detrimento da pública, a qual motiva o seu ato administrativo em prejuízo à coletividade e transforma a administração pública em negócio de natureza familiar,<sup>573</sup> que a distribuir cargos entre os familiares maculando

---

<sup>568</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio de Janeiro:Ed. Lumen Juris, 2007, p. 44. Segundo ele, a atuação do administrador público “(...) deve, em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração. Não se deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração.” *Idem*, p. 49.

<sup>569</sup> GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 1ª ed, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002, p. 45. E ainda afirmam que “talvez por esse motivo que a jurisprudência pátria, ao fundamentar suas decisões com base no princípio da moralidade administrativa, normalmente o faz com outro princípio dotado de maior especificidade para o caso concreto.” *Op. cit.*, p. 45.

<sup>570</sup> Os mesmos autores ainda afirmam que “longe de arranhar a autonomia do princípio da moralidade, demonstra apenas que os valores extraídos do outro princípio utilizado concorrem de maneira mais incisiva na conformação do standard adotado como padrão de bom administrador naquela situação.” *Idem*, p. 45-46.

<sup>571</sup> Segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha é “aplicável em sede democrática”, “faz parte da democracia” e se justifica com ela e por ela. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 225.

<sup>572</sup> De acordo com Carmem Lúcia: “A moralidade administrativa (...) é uma questão que começa e termina (...) na qualidade dos sistemas jurídico, político e administrativo vigentes em determinada sociedade estatal. (...) a moralidade administrativa pode e deve ser imposta juridicamente. (...) a imoralidade (...) verificada, apurada e punida (...) dificultada, controlada (...) é vício da razão(...)”. *Op. cit.*, p. 184-185.

<sup>573</sup> RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio. A ilegalidade do nepotismo no poder judiciário – *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, nº 200, p. 30.

a ideia da boa-fé e a própria conduta ética, pela qual deveria se pautar o administrador público.<sup>574</sup>

Sua vedação, pelo descrito, vale aduzir, que mesmo que ao longo do texto constitucional não se vislumbre nenhum dispositivo que faça direta e expressa referência a ela, não significa que tal prática não esteja proibida, pelo contrário, é incompatível com ordenamento jurídico, pois a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o princípio republicano, a inelegibilidade reflexa, os princípios expressos no *caput* artigo 37 e, ainda, o concurso público, vedando o domínio familiar estatal e direcionando a Administração Pública por meio da moralidade pública<sup>575</sup>.

E, pela moralidade administrativa é obstada a atuação dos agentes públicos “eivadas de má-fé, deslealdade, dolo, fraude, favoritismo, perseguição, comportamentos e atos enfim incompatíveis com o escorreito exercício da função administrativa”.<sup>576</sup>

De forma que, aquele que convive e aceita “o nepotismo como uma prática comum e corriqueira na Administração Pública”, não se preocupando “com a eticidade que deve nortear a atuação dos agentes públicos que se utilizam do poder”,<sup>577</sup> a infringe em seu cerne.

Ainda mais se se observar que a moralidade administrativa, ao fundamentar a ação popular e a ação de improbidade, concretamente obsta o nepotismo, vez que embasa a primeira na perquirição da anulação do ato que a lesa e lastreia a segunda a viabilizar a responsabilização do agente que deu causa ao nepotismo, sendo fundamento jurídico suficiente para justificar a intervenção judicial ou para impedir a nomeação ou para invalidá-la<sup>578</sup>, permitindo, dessa forma, o controle judicial do nepotismo.

---

<sup>574</sup> ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa, ORTIZ, Laudson Cruz. *Súmula Vinculante 13 e o combate ao nepotismo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, abr/jun. 2011, p. 103.

<sup>575</sup> Contudo, ressalta-se que o Supremo Tribunal, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, já proibia o nepotismo por meio de dos artigos arts. 355, § 7º, e 357, parágrafo único do seu Regimento Interno de 1980: “Art. 355 (...) §7º Salvo se funcionário efetivo do Tribunal, não poderá ser nomeado para cargo em comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente (artigos 330 a 336 do Código Civil), em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade. (...) Art. 357 (...) Parágrafo único. Não pode ser designado Assessor ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente (arts. 330 a 336 do Código Civil), em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive de qualquer dos Ministros em atividade”.

<sup>576</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.72.

<sup>577</sup> CORRÊA, Gustavo. Princípio da Moralidade ou eticidade da Administração Pública? *Revista Síntese – Direito Administrativo*, v. 6, n. 66, jun. 2011, p.75.

<sup>578</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca, in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, Luis Manuel Fonseca Pires, Maurício Zockun, Renata Porto Adri (Coordenadores) Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, p. 249.

Assim, a moralidade, pelo “viés objetivo”, “impõe à Administração Pública o dever de ser leal, integra, honesta” e, pelo “viés subjetivo”, “impõe ao agente público o dever de ser honesto”, de forma que, faz com que o agente, “motivado por compadrio”, ainda que “a conduta pareça atender ao interesse público”<sup>579</sup> arque com sua responsabilidade.

Mas a moralidade pública obsta o nepotismo não apenas por, *a posteriori*, fundamentar instrumentos processuais a inviabiliza-lo por sua anulação e responsabilização do agente, mas antes, por impedi-lo, pois sua substância dispõe sobre a conduta ideal do agente público e, por isto mesmo, é densificada pelo conteúdo de outros princípios que regem a Administração.

Tendo em vista a relação inversa e direta do princípio da impessoalidade com o nepotismo, ele se destaca como o princípio que prima pela neutralidade e imparcialidade do agente e da Administração e, por isto mesmo, quanto ao nepotismo, densifica o disposto pela moralidade pública<sup>580</sup>, já que o nepotismo, ato parcial, de caráter particular, que enseja o favorecimento de familiares de autoridade e servidores públicos, um grupo, portanto, seletivo, em detrimento dos demais cidadãos, transformando a máquina pública em negócio de família, infringe tanto a impessoalidade, como, enfim, a moralidade pública<sup>581</sup>.

Desta feita é vício rechaçado como prática antirrepublicana, que desrespeita a diretriz igualitária do Estado de Direito<sup>582</sup> e fere os princípios que regem a

---

<sup>579</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes, in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, PIRES, Luis Manuel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, ADRI, Renata Porto (Coordenadores) Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, p.326.

<sup>580</sup> Conforme Luis Manuel Fonseca Pires: “(...) não é suficiente a invocação genérica do princípio da moralidade administrativa para enfrentarmos a questão do nepotismo (...) pois é preciso densificar (...) em razão da vagueza e larga amplitude que o signo proporciona (...) Nesse contexto, a noção de função pública (...) a densificar o princípio constitucional (...) de honestidade, de transparência e de impessoalidade.” in: *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, PIRES, Luis Manuel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, ADRI, Renata Porto (Coordenadores) Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, p. 242 e 244.

<sup>581</sup> De acordo com Gustavo Hermont Corrêa: “É notória a distorção dessa prática com o princípio da moralidade administrativa, já que fere o senso comum, imaginar que a Administração Pública possa ser transformada em um negócio de família, visando favorecer interesses exclusivamente pessoais.” Princípio da Moralidade ou eticidade da Administração Pública? *Revista Síntese – Direito Administrativo*, v. 6, n. 66, jun. 2011, p.72. Conforme Ives Gandra Martins: “A administração pública tem que ser impessoal, sem favorecimentos a quem quer que seja, aplicando as leis do país, por igual, a todos os cidadãos, (...) A evidência, não se pode falar em impessoalidade sem falar em moralidade, eis que é esta que dá a coloração maior daquela, tonando o administrador um justo servidor público na medida em que não cria privilégios, nem oferta tratamentos desisonômicos e preferenciais”. Os princípios da moralidade pública e da impessoalidade da administração – necessidade de licitação para contratar agências de publicidade – a função constitucional da imprensa para preservação do estado de direito. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, Jan. 92, p.06.

<sup>582</sup> De acordo com Gustavo Corrêa: “(...) o nepotismo fere princípios constitucionais explícitos (...) e, acima de tudo, fere a teleologia constitucional, pois se preocupa (...) com interesses (...) familiares (...) afeta a todos (...) parte do Estado Democrático de Direito.” Princípio da Moralidade ou eticidade da Administração Pública? *Revista Síntese – Direito Administrativo*, v. 6, n. 66, jun. 2011, p. 76.

Administração, em especial, o da impessoalidade, o da finalidade e o da eficiência, vez que seus efeitos têm ampla dimensão infratora, pois o agente, ao praticar o ato revela um “injustificável tratamento diferenciado dos administrados”, viola os mais diversos fundamentos éticos-normativos e, por isto, transgredir o princípio da moralidade administrativa, “densificado a partir dos standards de conduta colhidos no ambiente institucional e inerentes ao bom administrador,”<sup>583</sup> ao transformar a Administração Pública em um negócio de família.<sup>584</sup>

Diante disso, constata-se que o STF extraiu elementos tanto da noção de nepotismo criada a partir da evolução administrativopolítica brasileira, como da noção jurídica de nepotismo, vez que as poucas e raras vezes que os Ministros do STF se voltaram especificamente à noção de nepotismo, remontaram ao seu histórico, a ser uma herança portuguesa e um vício que se destaca dos demais por ser favorecimento familiar, conforme se verifica por seus votos nos precedentes da SV.<sup>585</sup>

Todavia, como foi visto, o STF, ao elaborar a Súmula, não seguiu também a maioria das noções expostas pelo magistério doutrinário, sendo a noção expressa no corpo textual da SV, uma noção nova, díspar das demais, o que também demonstra que o STF não deveria ter sumulado a noção de nepotismo, mas apenas sua vedação, a partir dos princípios do artigo 37 da Constituição Federal, já que este foi o fundamento recorrente e uníssono, presente nos precedentes da Súmula.

Essa nova noção quanto ao nepotismo e sua vedação, construída pelo STF partiu das noções já existentes, mas não guarda compatibilidade com elas, pois abarca como elementos; a um, o agente infrator: a autoridade e o servidor ocupante de cargo comissionado; a dois, como parente: o familiar até de terceiro grau por afinidade; a três; como âmbito da vedação: a pessoa jurídica; a quatro, a vedação: não apenas aos cargos comissionados, mas até as funções de confiança próprias dos servidores efetivos.

Por fim, observa-se que a Súmula Vinculante n. 13 não abarcou todos os casos de privilegiamento de nepotismo, contrários à moralidade pública, vez que foi excluído de

---

<sup>583</sup> GARCIA, Emerson. O nepotismo, *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, junho. 2003, p. 462.

<sup>584</sup> Assim, tal conduta - que espelha o domínio familiar do poder público e transforma a máquina administrativa em negócio privado parental - macula a Administração Pública e fere seus princípios, a começar pelo da moralidade, densificado pelos estandartes da impessoalidade, da eficiência e da finalidade que guiam e orientam “os administradores na prática dos atos administrativos de sua competência”, a fim de “assegurar uma boa, correta, eficiente e honesta administração pública”. PACHECO, José da Silva. Da extinção do nepotismo na administração pública e da Súmula vinculante do STF para agilizar a eficácia de normas que envolvam matéria constitucional, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, vol. 25, n. 34, jan./jun. 2009, p. 102.

<sup>585</sup> Já expostos no capítulo 1 deste trabalho.

seu âmbito a aplicação da vedação à indicação do parente da autoridade ao cargo político e também, não levantou qualquer questionamento quanto à situação das primeiras-damas, ambos vistos como nepotismo em perspectiva da moralidade pública.

Diante do exposto, conclui-se que é incontestável a necessidade de se vedar o nepotismo expressamente e de maneira uniforme, em todos os poderes de todos os entes federados. Mas, o STF o fez por métodos, técnicas e argumentações apropriadas, conforme a hermenêutica jurídica e, em especial, a constitucional? Esta é a problemática que será tratada no próximo capítulo, a partir de teses doutrinárias de autores que enfocam a dinâmica de decidir do magistrado.



### 3 HERMENEUTICA E PODER NORMATIVO: COMO OS MAGISTRADOS DECIDEM E COMO DEVERIAM DECIDIR

O objetivo desse capítulo é apreciar a atividade interpretativa do magistrado,<sup>586</sup> subdividida em três tópicos: um referente à maneira como eles decidem, conforme as elucidações de Hans Kelsen, Alf Ross e Eros Grau; o outro, pertinente à forma como deveriam decidir, segundo os métodos e critérios hermenêuticos de controlabilidade do processo decisório judicial propostos por Friedrich Karl Von Savigny, Chaïm Perelman, Karl Larenz e Inocência Mártires Coelho e; um terceiro, atinente à interpretação dos princípios de acordo com a norma constitucional, em conformidade com as lições de Inocência Mártires Coelho, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Humberto Ávila, Marcelo Neves e Karl Larenz.

#### 3.1 Hermenêutica Jurídica e a aplicação judicial

##### 3.1.1 Como os magistrados decidem

###### 3.1.1.1 Hans Kelsen

Segundo Kelsen, a interpretação é uma “operação mental” que é utilizada no decorrer de todo o procedimento de “aplicação do Direito”,<sup>587</sup> tendo como objeto as normas jurídicas<sup>588</sup> e, dentre elas, a constitucional.<sup>589</sup>

Nesse enredo, afirma que existem duas espécies de interpretação, sendo uma “autêntica”, a realizada pelo órgão aplicador do Direito, por meio da qual este cria direito, outra “não-autêntica”, que é feita pela ciência jurídica e se voltando à interpretação autêntica explica que “todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado”, seja ele de “criação jurídica”<sup>590</sup> ou não, é “em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado”, seja pelas disposições fáticas ou pela própria “intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar”<sup>591</sup>.

Da “expressão verbal da norma” se extrai uma diversidade de “significações possíveis”<sup>592</sup> do que resulta que a interpretação jurídica é a “fixação da moldura que

---

<sup>586</sup> O STF utilizou de técnicas e métodos pertinentes à hermenêutica jurídica, especialmente a constitucional, tanto para julgar os precedentes quanto para construir a noção judicial de nepotismo?

<sup>587</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 387: “(...) no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.

<sup>588</sup> Kelsen afirma que devem ser interpretadas: “(...) todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas.” *Ibidem*, p. 387.

<sup>589</sup> “(...) há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trata de aplicar esta, (...)” *Ibidem*, p. 387.

<sup>590</sup> *Ibidem*, p. 388.

<sup>591</sup> *Ibidem*, p. 389.

<sup>592</sup> *Ibidem*, p. 389.

representa o Direito a interpretar”<sup>593</sup> e de que há diversas possibilidades interpretativas no âmbito desta “moldura kelsiana”, onde a norma individual continua o processo de determinação da norma geral da qual decorre,<sup>594</sup> tanto que de uma norma geral, transcorrem diversas normas individuais.

Por isto, a interpretação de uma lei não conduz “a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções”,<sup>595</sup> dentre as quais uma se tornará a decisão judicial do caso<sup>596</sup>.

Kelsen dispõe, ainda, que não há “qualquer método” de “Direito positivo” que possibilite a escolha de apenas uma significação à norma como “a correta”<sup>597</sup> e que a eleição de uma das soluções possíveis é “um problema de política do Direito”<sup>598</sup>, de maneira que o órgão aplicador do direito, ao aplicá-lo, realiza uma operação de conhecimento do Direito a ser empregado, conjugada com um “ato de vontade”<sup>599</sup> – provenientes da moral, da justiça e dos “juízos de valor sociais” dentre outras – por meio do qual escolhe um significado à norma, entre as várias possibilidades. Deste ato de vontade é que decorre a interpretação jurídica – designada por Kelsen como interpretação autêntica, que pode ser executada apenas pelo órgão aplicador do Direito,<sup>600</sup> o qual é capaz de criar direito.<sup>601</sup>

Assim, a produção do ato jurídico pelo órgão aplicador do Direito, no âmbito da moldura de uma determinada norma jurídica, é livre, pois “realiza-se segundo a livre

---

<sup>593</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 390.

<sup>594</sup> *Ibidem*, p. 389. “(...) que constitui o sentido da seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas.”

<sup>595</sup> *Ibidem*, p. 390. “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.” p. 390.

<sup>596</sup> Diante disto, observa-se que uma decisão judicial, que é uma norma jurídica de natureza individual, é realizada a partir da lei, dentro da moldura de Direito, e é apenas uma das várias normas individuais que podem decorrer da norma geral, inovando a ordem jurídica e criando um novo direito.

<sup>597</sup> KELSEN, *Op. cit.*, p. 391 “Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto”. *Ibidem*, p. 392.

<sup>598</sup> “(...) a questão de saber qual é, dentre as possibilidades aquela que se apresenta nos quadros do Direito a aplicar, a correta, não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”. *Ibidem*, p. 393.

<sup>599</sup> *Ibidem*, p. 394.

<sup>600</sup> Para Kelsen a aplicação do direito é, simultaneamente, sua produção.

<sup>601</sup> “Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via da interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância.” KELSEN, *Op. cit.*, p. 394-395.

apreciação do órgão chamado a produzir o ato,”<sup>602</sup> dentro da moldura kelsiana, uma vez que no seu âmbito o magistrado atua como cocriador e pode quase tudo, tendo que observar apenas a moldura da norma geral.

E é esta liberdade na produção do ato, que pode criar direito, que diferencia a interpretação autêntica de todas as outras formas de interpretação,<sup>603</sup> inclusive da não autêntica, realizada pela ciência jurídica,<sup>604</sup> que só aponta “as possíveis significações de uma norma jurídica”.<sup>605</sup>

Desta forma, Kelsen entende que a decisão quanto à eleição de uma interpretação, dentre as várias significações, compete ao órgão aplicador do Direito,<sup>606</sup> pois não há uma única correta, o que possibilita que o tribunal decida como bem entender, a seu critério.

E, nesse diapasão, ressalta um ponto imprescindível a refletir quanto ao presente trabalho ao afirmar que: aquele que observa apenas uma interpretação como a correta está agindo em uma função jurídico-política<sup>607</sup>.

Outra lição de Kelsen - de que a aplicação de “uma interpretação estritamente científica” pode revelar “todas as significações possíveis” estabelecidas na “fórmula verbal (...) escolhida” da norma, inclusive as “politicamente indesejáveis” – também merece ser observada ao se refletir sobre a decisão do STF.<sup>608</sup>

### 3.1.1.2 Alf Ross

Alf Ross propõe a teoria do “método jurídico” de interpretação, como forma de explicar a atividade do magistrado ao aplicar “o direito formulado”, verificando analítica e descritivamente, a partir daí, com base na “prática dos tribunais” quais “os

---

<sup>602</sup> KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 393.

<sup>603</sup> *Ibidem*, p. 394: “Através desse ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito” A interpretação feita pela ciência jurídica é aquela que não é feita pelo juiz, mas pelos demais.

<sup>604</sup> A interpretação feita pela ciência jurídica é aquela que não é feita pelos magistrados, mas pelos demais.

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 395. Segundo Kelsen, a interpretação feita pela ciência jurídica não deve afirmar que uma norma jurídica permite somente uma interpretação para “todos os casos”, uma vez que pela pluralidade dos significados das normas jurídicas, este ideal, que a “jurisprudência tradicional” utiliza “para consolidar o ideal de segurança jurídica”, “somente é realizável aproximativamente. p. 396

<sup>606</sup> *Ibidem*, p. 396.

<sup>607</sup> *Ibidem*, p. 396. Em suas palavras: “Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que em uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão somente um juízo de valor político”. p. 396.

<sup>608</sup> *Ibidem*, p. 396. Em suas palavras: “(...) pode ter um efeito prático que supere de longe a vantagem política da ficção do sentido único: É que a uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica”. *Idem*, p. 396-397

princípios ou regras que realmente os norteiam no trânsito da regra geral à decisão particular”.<sup>609</sup>

De acordo com seu entendimento, pela ideologia do método pode-se, “no máximo”, obter “um estilo de método ou estilo de interpretação”.<sup>610</sup> E ao dividir o estudo em duas partes, uma doutrinária e outra de teoria geral, afirma que primeira parte é da ciência do direito, destinada a averiguar “o método seguido pelos tribunais num ordenamento jurídico específico” e a segunda é aquela que<sup>611</sup> também explica os “estilos de método e interpretação que realmente ocorrem.”<sup>612</sup>

Nesse diapasão<sup>613</sup> passa a analisar a teoria geral do método tendo como base o sistema que vige no Brasil de que toda interpretação do direito legislado principia com um texto, isto é uma fórmula linguística escrita<sup>614</sup> e que por uma fundamentação semântica se deve observar as palavras e as frases formadas por elas, dentro de um contexto, já que este contexto é que, de acordo com Ross, demonstra como “a palavra tem sido usada em cada caso individual”<sup>615</sup> e que, por meio da constatação dos diversos significados razoáveis<sup>616</sup> dados à palavra se observa o seu “campo de referência correspondente”<sup>617</sup> e dentre eles o significado “mais provável”,<sup>618</sup> de forma que pela interpretação se busca o “significado da expressão”<sup>619</sup>.

---

<sup>609</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 136. Não tendo a mesma precisão de uma ideologia das fontes do direito, especialmente no que diz respeito à “interpretação do direito legislado”. E assim afirma que a “doutrina do método” para efetivamente nortear a interpretação, deve visar a análise descritiva de “como se comportam de fato os tribunais na aplicação do direito vigente a situações específicas. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>610</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>611</sup> Além explicitar os fatos que levam aos problemas dos métodos.

<sup>612</sup> *Ibidem*, p. 137. Elucida que os problemas dos métodos são diversos, de acordo com o sistema jurídico adotado e que, por isso, os que são observados no sistema inglês, “no qual os precedentes (jurisprudência) constituem a fonte predominante do direito” não são os mesmos que os de “um sistema em que a legislação é a fonte principal” pois, enquanto no primeiro, o “problema do método consiste em como extrair uma regra geral dos precedentes existentes e aplicá-la ao caso a ser decidido”, no segundo, “a atenção se concentra aqui na relação existente entre uma dada formulação linguística e um complexo específico de fatos.” p. 138. A elaboração da Súmula Vinculante é realizada com base em precedentes, ou seja, na forma do sistema inglês – de precedentes, já que é a análise dos julgados qualificados como precedentes que subsidiará a construção da Súmula Vinculante.

<sup>613</sup> Lembrando que no sistema de precedentes, a “regra geral” frequentemente se modifica “durante o curso do desenvolvimento de um caso para outro”. *Ibidem*, p. 138. Por isso, afirma: (...) haver continuidade ou alteração dependerá do juiz, ao examinar as semelhanças e as diferenças entre o caso presente e o precedente, (...) ou em outras palavras, decidir que é mister introduzir uma distinção com o auxílio de outros conceitos. Neste último caso, a regra geral adquiriu um conteúdo distinto. No começo de uma linha de precedentes, a regra geral pressuposta terá, de ordinário, um conteúdo muito pouco definido. Uma *doutrina* não foi ainda cristalizada. Por isso a tarefa que tem diante de si o juiz não consiste tanto em aplicar uma regra geral a um caso específico, mas em decidir se o caso difere do precedente de tal maneira que existam fundamentos para chegar a uma decisão distinta. O *raciocínio jurídico* (método jurídico) num sistema como esse é *raciocínio por via de exemplos*, e a técnica de argumentação exigida por esse método visa a mostrar as semelhanças e diferenças exibidas pelos casos e asseverar que as diferenças são ou não são relevantes.” *Ibidem*, p. 138.

<sup>614</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>615</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 143. Contudo, parece que não foi isso que o STF fez.

<sup>617</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 141. Parece que não foi o que o STF fez.

<sup>618</sup> *Ibidem*, p. 144. “(...) que pode ser aceito, conforme as circunstâncias, como contexto e situação. O contexto se estende até onde se possa supor que uma expressão foi formulada tendo outra em mente, (...) abrange todos os fatos e

Ainda, diferencia a interpretação subjetiva da objetiva, afirmando que pela primeira<sup>620</sup> se toma “em consideração não apenas a expressão linguística, como também todos os outros relevantes: o contexto e a situação”<sup>621</sup> e pela segunda<sup>622</sup> se “restringe os dados aos discerníveis pelo destinatário na situação em que ele se acha ao apreender a expressão”, sendo, portanto, divergentes não quanto ao “propósito da interpretação”,<sup>623</sup> mas quanto ao que consideram ao interpretar.

Nesse ensejo discorre sobre os problemas da interpretação, iniciando pelos concernentes a sintaxe<sup>624</sup> e em seguida os lógicos<sup>625</sup>, dentre os quais se destaca a inconsistência<sup>626</sup>, que podem ser resolvidos de algumas formas<sup>627</sup> e também pelos “princípios de peso relativo que gravitam em torno da interpretação ao lado de outras considerações” a propiciar que a lei “esteja de acordo com o senso comum, com a consciência jurídica popular, ou com os objetivos sociais supostos”.<sup>628</sup>

Daí aponta os problemas semânticos de interpretação que concernem ao significado das palavras individuais ou das frases<sup>629</sup> e, nessa toada, ao considerar que nenhum “texto pode ser tão claro a ponto de ser impossível que suscite dúvidas quanto à sua interpretação”, apresenta uma teoria sobre ‘métodos de interpretação’ por meio dos quais os magistrados buscam solucionar “esses problemas na administração da

---

circunstâncias que podem indicar qual era (...)razão provável (...) toda a situação fatural, física e social de vida que condicionou a expressão.”. *Ibidem*, p. 144-145 Parece que não foi o que o STF fez.

<sup>619</sup> Seja pelo todo, pois “somente o contexto e o desejo de descobrir um significado bom ou razoável em relação a uma dada situação, determinam o significado das palavras individuais” ou pelo próprio “contexto e da situação em que a expressão é formulada”, onde a “conexão externa da expressão não é dada de modo imediato associada a esta”, de forma que em ambos “o contexto é codeterminativo”. *Ibidem*, p. 146

<sup>620</sup> Não é, como muitos acham, a interpretação que “visa a descobrir o significado que se buscou expressar” *Ibidem*, p. 149.

<sup>621</sup> “O propósito declarado e o propósito presumido”. *Ibidem*, p. 149-150.

<sup>622</sup> Não é a que “visa estabelecer o significado comunicado”. *Ibidem*, p. 149.

<sup>623</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>624</sup> Que se referem à ligação entre as palavras “na estrutura da frase” e cuja solução é a descoberta do “significado bom ou razoável” *Ibidem*, p. 151.

<sup>625</sup> Que se referem “às relações de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto”. *Ibidem* p. 157.

<sup>626</sup> “Existe inconsistência entre duas normas quando são imputados efeitos jurídicos incompatíveis às mesmas condições fatuais” e isto pode ocorrer de “três maneiras distintas: 1a) *Inconsistência total-total*, (...) quando nenhuma das normas pode ser aplicada sob circunstância alguma sem entrar em conflito com a outra. (...) 2a) *Inconsistência total-parcial*, (...) quando uma das duas normas não pode ser aplicada sob nenhuma circunstância sem entrar em conflito com a outra, enquanto esta tem um campo adicional de aplicação no qual não entra em conflito com a primeira.” *Ibidem*, p. 158-162.

<sup>627</sup> Pela aplicação das regras de vigência da lei especial, da lei posterior e superior. “Pensa-se frequentemente que quando se trata da relação entre leis diferentes as inconsistências podem ser resolvidas mediante duas simples regras convencionais de interpretação. *Lex posterior* significa que de duas leis do mesmo nível, a segunda prevalece sobre a anterior e (...) só se aplica na medida em que, em termos subjetivos, o legislador teve a intenção de substituir a lei mais antiga (anterior). Entretanto, pode também ter tido a intenção de que a nova regra se incorporasse harmoniosamente ao direito existente, como um suplemento dele. (...) *Lex superior* quer dizer que num conflito entre previsões legislativas de nível diferente, a lei de nível mais elevado, qualquer que seja a ordem cronológica, se achará numa situação de preferência relativamente a de nível mais baixo”. *Ibidem*, p. 158-162.

<sup>628</sup> *Ibidem*, p. 163-164.

<sup>629</sup> Sendo sua solução a interpretação da “expressão como um todo com seu contexto”, pois “o problema do significado das palavras individuais está sempre unido a esse conceito.” ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 164.

justiça”<sup>630</sup> e afirma que o problema que deve ser enfrentado é o referente a como o magistrado, na prática, realiza a interpretação.

Diz que a solução é analítico-descritiva e que por isso a atividade do juiz - “de interpretar e aplicar a lei a um caso específico” - “é um problema prático” e que a sua decisão - além de ser fundada em “processos cognitivos, por sua própria natureza” - também configura “um ato de vontade”.<sup>631</sup> E, assim, ao se posicionar contrariamente às teorias positivistas-mecanicistas,<sup>632</sup> assevera que o juiz, ao decidir, faz uma escolha, embasada não apenas em um processo cognoscitivo, mas também em uma “valoração”,<sup>633</sup> sendo “sua interpretação da lei (num sentido mais amplo)”, “um ato de natureza construtiva” e não “de puro conhecimento”, uma vez que “seus motivos não se reduzem ao desejo de acatar uma determinada diretiva”.<sup>634</sup>

E, assevera que “a tarefa de administrar justiça” é muito maior que o ato de “interpretar a lei”, vez que o juiz é agente que realiza função criadora, que ao decidir, utiliza sua percepção quanto aos “valores jurídicos”, e, assim, transcende “o respeito pelo texto da lei” e até “deixa o texto da lei de lado”, embora não admita.<sup>635</sup>

Dessa forma, a decisão judicial é ato de “administração do direito” e não ato interpretativo “de mera atividade intelectual”, mas construtivo, realizado por meio de um processo onde se observa, concomitantemente “a função valorativa e a cognoscitiva”,<sup>636</sup> que se fundem, na prática, ao envolverem “conhecimento e valoração, passividade e atividade”.<sup>637</sup>

Nesse enredo ressalta que “administração da justiça” apresenta nítida dualidade, já que se por um lado há uma “atividade puramente cognoscitiva” por outro, há “uma atividade emotivo-volitiva fundada em valorações sociais e em observações

---

<sup>630</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>631</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>632</sup> Segundo Ross esta teoria é equivocada, e que para se perceber o disposto, “basta assinalar que a interpretação - no sentido de determinação do significado como fato empírico amiúde não conduz a qualquer resultado certo (...)” *Idem*, p. 167.

<sup>633</sup> “O juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade. Mesmo quando a obediência ao direito (a consciência jurídica formal) esteja profundamente enraizada na mente do juiz como postura moral e profissional, ver nesta o único fator ou móvel é aceitar uma ficção. O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser *corretas* de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural. Seu respeito pela lei não é absoluto. A obediência a esta não constitui o único motivo. Aos seus olhos a lei não é uma fórmula mágica, mas uma manifestação dos ideais, posturas, padrões ou valorações que denominamos *tradição cultural*(...).” *Ibidem*, p. 168

<sup>634</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>635</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>636</sup> “(...) o juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa. Tem que escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja seu conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (num sentido mais amplo) é, nessa medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento. Seus motivos não se reduzem ao desejo de acatar uma determinada diretiva.” ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 167.

<sup>637</sup> *Ibidem*, p. 169.

sociológico-jurídicas”<sup>638</sup> e que a diferenciação quanto à forma de administrar esta justiça ou este direito, está ancorada no estilo da interpretação - administração da justiça - que varia, a uma, de acordo com os “fatores e dados que convencionalmente são levados em consideração”; a duas, com o “grau de liberdade do juiz”, podendo haver, portanto, uma “interpretação (relativamente) livre” diferenciada não “tanto no grau de liberdade de que goza o juiz”, mas “na franqueza com que essa liberdade é reconhecida”<sup>639</sup> e; a três, em conformidade com a “amplitude em que se tomam em consideração elementos de juízo alheios às palavras da lei”, por interpretação subjetiva ou objetiva.<sup>640</sup>

De forma que a “atitude do juiz em relação à lei será sempre influenciada por uma série de fatores, produtos da situação, e pela conexão entre a lei e o resto do direito”<sup>641</sup> e quanto maior a liberdade, maior a possibilidade de o juiz “desconsiderar as claras manifestações que aparecem nos antecedentes legislativos”<sup>642</sup> e utilizar “os fatores pragmáticos na administração da justiça”,<sup>643</sup> realizando uma “interpretação pragmática” que busca “apoio para o resultado desejado onde quer que possa encontrá-lo”,<sup>644</sup> seja pela interpretação especificadora (quando as considerações pragmáticas são decisivas para a eleição entre várias interpretações, todas elas possíveis e razoáveis dentro do *significado linguístico* do texto),<sup>645</sup> restritiva (quando ao recorrer ao propósito provável da lei, as considerações pragmáticas excluem a aplicação de uma regra que segundo *o sentido linguístico do texto* seria aplicável ou extensiva, (quando as considerações pragmáticas se traduzem na aplicação da regra a situações que,

---

<sup>638</sup> *Ibidem*, p. 170. E assim afirma que “toda interpretação jurídica em sentido próprio inclui presunções que tangem aos critérios e valores sociais que motivaram o legislador.” *Ibidem*, p.170.

<sup>639</sup> *Ibidem*, p. 171. No caso do STF, haveria então uma ampla liberdade, tanto em grau como em reconhecimento.

<sup>640</sup> *Ibidem*, p. 172. Segundo o autor, a “interpretação objetiva rejeita certos dados de interpretação (os antecedentes da lei) e se atém exclusivamente ao próprio texto, conduzirá frequentemente a resultados menos precisos que a interpretação subjetiva, deixando assim maior raio de alcance para a liberdade do juiz. Num certo sentido, consequentemente, a interpretação *objetiva* é mais subjetiva do que a subjetiva.” *Ibidem*, p. 172.

<sup>641</sup> “(...) inconcebível um estilo de interpretação completamente objetivo, no sentido de que se funde exclusivamente nas palavras da lei” *Ibidem*, p. 172. “Jamais será possível evitar levar em consideração que o texto que tem diante de seus olhos não é uma peça de ficção nem um artigo científico, mais precisamente uma lei, isto é, um instrumento de direção política que nasce do seio de interesses e ideias conflitantes e que aponta para certos objetivos sociais.” *Ibidem*, p. 172.

<sup>642</sup> *Ibidem*, p. 182. Em parte, parece que foi isto o que o STF fez ao considerar, ao final, apenas a Resolução n. 7/2005 do CNJ e as manifestações quanto à mesma no julgado da ADC n12, da qual foi objeto, como “antecedentes” da S.V. n.13.

<sup>643</sup> E explica que: “Este tipo de raciocínio é o que estamos habituados a chamar de argumentos baseados em considerações práticas (*razão*). (...)A interpretação pragmática pode considerar não só os efeitos sociais previsíveis, como também a técnica da interpretação e sua concordância com o sistema jurídico e as ideias culturais que servem de base a esse sistema. (...) é a integração de uma multiplicidade de valorações; e o propósito da lei indica somente uma consideração única dentro dessa multiplicidade.” *Ibidem*, p. 176-177.

<sup>644</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>645</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 178.

contempladas à luz do *sentido linguístico natural*, se encontram claramente fora de seu campo de referência),<sup>646</sup> mas com “caráter construtivo”,<sup>647</sup> raramente assumido.<sup>648</sup>

Mas que tal decisão não tem qualquer debilidade, ao contrário, que representa a “verdade fundamental de que as máximas de interpretação” são “implementos de uma técnica que (...) habilita o juiz a atingir a conclusão que julga desejável nas circunstâncias” e concomitantemente, “reserva a ficção de que só está obedecendo a lei e os princípios objetivos de interpretação”<sup>649</sup> e assim, administram a justiça, em “uma atividade político-jurídica”,<sup>650</sup> de forma que os “métodos de interpretação” apenas estabelecem “limites à liberdade do juiz na administração da justiça”, determinando a área de soluções justificáveis<sup>651</sup>.

Assim, Alf Ross, pelo método jurídico proposto, traduz os “argumentos técnicos” utilizados pelos magistrados como razões presentes “na sua consciência jurídica”,<sup>652</sup> fundada nas normas e também nas “exigências sociais e por considerações sociológico jurídicas”<sup>653</sup> traduzem sua consciência jurídica material presente em todas as suas decisões judiciais.<sup>654</sup>

### 3.1.1.3 Eros Grau

Segundo o autor, a atividade de interpretar o direito é vista como a “compreensão do significado das normas jurídicas”, seja pela identificação ou pela determinação do significado da norma. Dessa forma, observada pelo prisma do ato de

---

<sup>646</sup> *Ibidem*, p. 179. Como quando há “as condições para o uso da analogia estão reunidas”. p. 182.-183. Diante disto seria possível vislumbrar que os ministros do STF, ao construírem a S.V. n.13, estabeleceram os significados das palavras com base em tais interpretações?

<sup>647</sup> *Ibidem*, p. 182. Assim, a palavra final é do último intérprete da lei: o último juiz ou tribunal a apreciar o caso. Nesse enredo, o que se pode avaliar é que o STF, como tribunal máximo do Brasil, tem a liberdade para decidir, em grau e em reconhecimento e que é quanto aos precedentes da Súmula Vinculante, o último interprete e quanto à sua edição, seu único intérprete.

<sup>648</sup> *Ibidem*, p. 181. “(...) o segredo dessa técnica de argumentação consiste em não haver critério que indique qual regra de interpretação deverá ser empregada. (...) Numa certa medida a escolha pode ser motivada pelos dados da interpretação. (...) Essas técnicas de argumentação são recursos integrantes do equipamento de todo jurista experimentado. Ele tem que saber como *justificar* tecnicamente, mediante argumentos interpretativos, a solução jurídica que considera *justa* ou *desejável*”, p. 183.

<sup>649</sup> *Ibidem*, p. 184. E por isto aduz que “as teorias do movimento do direito livre se acham mais próximas da verdade do que as teorias positivistas”, já que explicam como o “direito é administrado”, ou seja, como os magistrados decidem - administram a justiça e não fazem apenas um raciocínio lógico com base nas normas positivadas. p. 185 - 186.

<sup>650</sup> Ross explica que pelas “teorias do método da escola do direito livre” - correspondentes às teorias jurídicas idealistas - a validade do direito é oriunda de uma ideia, princípio, ou propósito, inerentes ao direito: a ideia de justiça, as atitudes ético-jurídicas predominantes do povo, o princípio de solidariedade, o princípio de justiça social, etc. (...) Nos tempos modernos é corrente o referir-se, particularmente, a considerações de propósito social e à ponderação dos interesses como diretrizes para a interpretação livre.” *Ibidem*, p. 186.

<sup>651</sup> *Ibidem*, p. 183. E afirma: “(...) administração da justiça é o resultante de um paralelogramo de forças no qual os vetores dominantes são a interpretação cognoscitiva- da lei e a atitude valorativa da consciência jurídica”. p. 168.

<sup>652</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>653</sup> *Ibidem*, p. 186-187.

<sup>654</sup> *Ibidem*, p. 168.



conhecer ou do ato de vontade, tem o seu pilar de significação estabelecido no fato de que interpretar é “identificar ou determinar (= compreender) a significação de algo. No caso, compreender o significado da norma jurídica”.<sup>655</sup>

Daí realiza uma apresentação descritiva de “como se processa a interpretação do direito” e afirma que a “interpretação e aplicação do direito são uma só operação,” sendo, portanto, a interpretação do direito, “constitutiva e não apenas declaratória”, vez que ela vai além da “mera compreensão dos textos e dos fatos”<sup>656</sup> e, por isto, é “atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados - em norma”.<sup>657</sup>

Nesse ensejo, aduz que o magistrado, ao realizar a interpretação extrai “normas de decisão”<sup>658</sup>, como “interprete autêntico”<sup>659</sup> que é, pois “revestido do poder de criar normas” e “pronunciar o discurso do direito”,<sup>660</sup> sobrepondo-se nesse processo a interpretação e concretização, vez que a primeira não existe sem a segunda, sendo esta a “derradeira etapa daquela”,<sup>661</sup> vez que “o intérprete desvencilha a norma do seu involucro (o texto)” e “opera a inserção” do direito na vida.<sup>662</sup>

---

<sup>655</sup> GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21.

<sup>656</sup> *Ibidem*, p. 22. E assim o autor explica que “o intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(is) ao caso”. p. 22.

<sup>657</sup> *Ibidem*, p. 23. E complementa sua ideia afirmando que o “significado do texto (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa” e, ainda, que “a interpretação se pode descrever como um processo intelectual através do qual, (...) alcançamos a determinação de um conteúdo normativo”. p. 23 e 26. Assim, “o significado da norma é produzido pelo intérprete.” Ele é o que o intérprete diz que ele é. p. 23.

<sup>658</sup> Que de acordo com o autor é “a norma jurídica aplicada ao caso concreto”. Segundo ele, para “se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa de revestir o caráter de norma de decisão”. *Ibidem*, p. 98-99.

<sup>659</sup> *Ibidem*, p. 24. Segundo o autor “(...) todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão (...): o juiz”. p. 24. Assim, “o interprete cria direito, no sentido de definir normas de decisão”. p. 85.

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 87. Segundo o autor, esse discurso é “prescritivo, produzido pelos juízes e tribunais autorizados a dizê-los.” p. 96 Diante disto, se observa que os Ministros do STF ao interpretarem os princípios constitucionais, produziram norma jurídica e ao decidirem aos quatro julgados que foram precedentes da S.V. n.13, elaboraram as normas de decisão. Segundo o autor: “A concretização somente se realiza em sua plenitude (...) quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto”. p. 25.

<sup>661</sup> *Ibidem*, p. 25. Mais à frente, o autor explica: “interpretação e aplicação não se realizam autonomamente”. “Assim existe uma equação entre interpretação e aplicação: (...) uma só operação (...)”. p. 31. Nesse enredo, Eros Grau compara o direito à música (p. 102) e ao teatro, afirmando que todos são alográficos. “Isso significa que o texto normativo (...) reclama um intérprete (primeiro intérprete) que compreenda e reproduza, (...) a fim de que um determinado conflito seja decidido” (p. 79), vez que precisam da “compreensão e da reprodução” e que “tal classificação se aplica ao direito” pois o texto normativo se completa “quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete” e que este sentido é novo, diferente do texto, é a norma”. p. 26

<sup>662</sup> *Ibidem*, p. 27. O intérprete cria a norma no sentido reprodução, pois, se por um lado a norma está parcialmente “involucrada no texto” em “estado de potência”, por outro, o intérprete, ao interpretar o texto, a “desnuda”, “a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada” e desta forma, “produz a norma” ao fazê-la “brotar do texto”. p. 27 e 83. E mais à frente elucida:“(…) a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo interprete, a partir dos textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar é, assim, dar concreção (=concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação)

E afirma que a “moldura da norma” proposta por Kelsen deve ser aplicada para também emoldurar o caso, vez que o intérprete, ao “empreender a produção prática do direito”, além de interpretar o texto, também interpreta o caso, pois como não existe solução prévia a cada caso, o “trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso” deve ser “artesanal”, tendo, para cada caso concreto, uma nova “solução jurídica”<sup>663</sup>.

Ao se voltar à interpretação dos fatos, alega que “o intérprete os reconforma” e que, por isso, “o direito institui a sua própria realidade”, mas ressalta que há fragilidade entre o relato e o relatado pois o relato dos fatos está ligado à maneira como se observa a realidade, sendo considerado verdadeiro o apreendido pelo intérprete no momento da “criação da norma”.<sup>664</sup>

Nesse enredo, afirma que a pré-compreensão<sup>665</sup> é “momento inicial” do “processo de interpretação dos textos normativos”<sup>666</sup>, “qual ganha dinamismo em um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico” e traduz os conflitos do intérprete, tanto que “a norma de decisão por ele produzida” possui “as marcas desse(s) conflito(s)”<sup>667</sup>.

Assim, conforme as lições de Eros Grau o juiz decide de acordo com o contexto histórico em que vive e com a “consciência social de seu tempo”<sup>668</sup>, mas sopesando o “direito todo e não apenas um determinado texto normativo”<sup>669</sup> e que ele “ao produzir as normas jurídicas”, realiza, como intérprete autêntico, “*juris prudentia* e

---

opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular (...) opera a inserção das leis (=do direito) no mundo do ser (=mundo da vida)” GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

<sup>663</sup> *Ibidem*, p. 32 e 93. Ao aplicar os ensinamentos de Eros Grau à apreciação do caso da S.V. n.13 constata-se que para cada um dos julgados que formaram seus precedentes, os Ministros chegaram a uma solução jurídica específica diferente, vez que em cada um deles o nepotismo foi analisado de forma diversa e ensejou consequências diferentes quanto à conceituação dos elementos que compõem a sua noção. De acordo com Eros Grau isso seria possível, mas se suscita a dúvida, eles ensejariam, desta forma, “jurisprudência reiterada” – um dos critérios para a edição da Súmula Vinculante? Esta é uma das hipóteses que se almeja responder ao final do estudo.

<sup>664</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>665</sup> Segundo o autor a pré-compreensão é a “representação antecipada do resultado da tarefa de interpretação – parametriza o empreendimento dessa tarefa. (...) Nesse momento o intérprete opera juízos de valor seus”. E ainda elucida que ela “não é conceito metodológico (...) é conceito que se desenvolve em um plano essencialmente descritivo.” *Ibidem*, p. 111-112.

<sup>666</sup> *Ibidem*, p. 37 e 108. De acordo com o autor “(...) Isso não implica que o intérprete deve abandonar todas as suas opiniões prévias sobre o conteúdo do texto ou todas as posições próprias, porém, simplesmente, que esteja aberto para a opinião do texto: quem deseja compreender um texto tem de estar em princípio disposto a deixar-se dizer algo por ele; uma consciência formada hermeneuticamente tem de mostrar-se receptiva desde o princípio à alteridade do texto.” *Ibidem*, p. 109.

<sup>667</sup> *Ibidem*, p. 37. Assim, (...) “a decisão judicial considera e é determinada” dentre outros, “(...) pelas expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade, (...), pelas convicções do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, (...) ou por instâncias de ordem política.” p. 37.

<sup>668</sup> *Ibidem*, p. 38 e 113. E por isto, segundo o autor, a “decisão judicial implica necessariamente elementos emotivos e volitivos”. p. 113.

<sup>669</sup> GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

não *juris scientia*”,<sup>670</sup> pois, ao interpretar o texto, escolhe, seguindo uma “lógica da preferência”,<sup>671</sup> uma dentre as diversas “interpretações possíveis”, devendo ser a escolhida a mais adequada.<sup>672</sup>

A partir deste enredo assevera que não há no direito o binômio “verdadeiro/falso”,<sup>673</sup> mas apenas o “aceitável (justificável)” e que, como “o justo comporta sempre mais de uma solução”, a norma é “objeto de justificação”,<sup>674</sup> pois “a problematização dos textos normativos (...) se opera no âmbito da prudência”,<sup>675</sup> devido à “existência de múltiplas soluções corretas para a mesma questão.”<sup>676</sup>

E que, como os “cânones hermenêuticos” não possuem hierarquia, eles são utilizados pelo intérprete, “se e quando lhe aprouver”, “como justificativas a legitimar os resultados”,<sup>677</sup> funcionando como “reservas de recursos de argumentação em poder dos intérpretes,”<sup>678</sup> mas que a interpretação deve ser adequar “a algumas pautas”, dentre elas, “à interpretação do direito no seu todo”, “à finalidade do direito” e “aos princípios”,<sup>679</sup> em concordância com o sistema jurídico do qual faz parte, de acordo com a Constituição,<sup>680</sup> pois um “texto de direito desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”.<sup>681</sup>

---

<sup>670</sup> *Ibidem*, p. 35 e 101.

<sup>671</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>672</sup> *Ibidem*, p. 35. Em conformidade com os ensinamentos de Larenz.

<sup>673</sup> *Ibidem*, p. 35 e 114. Devido ao fato de que “as soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis, exclusivamente, a partir da atribuição de um ou outro significado a determinado texto” podendo haver “ponderação de variáveis múltiplas.” p114.

<sup>674</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>675</sup> *Ibidem*, p. 35 e 102.

<sup>676</sup> *Ibidem*, p. 35 e 102. E ao negar “a existência de uma única resposta correta para cada caso jurídico – ainda que o interprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico”, assevera que nem “o juiz Hércules” de Dworkin pode “encontrar para cada caso uma resposta verdadeira”, pois não existe “a única resposta correta”. E conclui que a “concepção dworkiana (...) perece no momento em que sustentada sobre a busca da melhor teoria possível como ideal absoluto (...)”. Segundo ele, “nem os princípios, nem a argumentação, segundo um sistema de regras que funcione como um código da razão prática (...) permitirão o discernimento da única resposta correta.” E assim, novamente conclui: “Essa resposta verdadeira (única correta) não existe.” p. 36 e 103. Diante deste entendimento, pode-se constatar que segundo Eros Grau, não há nada de equivocado em os Ministros do STF, decidirem cada caso de nepotismo de uma forma, desde que a escolha seja a mais adequada e a justificável ao caso concreto, pois não há apenas uma solução correta. Mas este raciocínio também se aplica à edição da S.V. n.13? A sua edição foi a mais adequada e a justificável ao caso concreto.

<sup>677</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>678</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>679</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>680</sup> *Ibidem*, p. 40. De acordo com o autor, “o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido com contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional.” p. 128.

<sup>681</sup> *Ibidem*, p. 40 e 128. Nesse enredo, o autor ainda afirma que os textos normativos são “instrumentos de governo”, “que consubstanciam “normas-objetivo” (“que explicitam resultados e fins em relação e cuja realização estão comprometidas outras normas – estas, de conduta e organização.”) determinam “os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos” e fazem com que não caibam na interpretação “soluções que não sejam absolutamente adequadas a tais normas-objetivo”, positivando “os fins para os quais o sistema está voltado”. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 129.

Ainda, assevera que a interpretação deve ser adequada aos princípios explícitos no texto constitucional ou na lei, os implícitos, resultado da apreciação “de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional” ou ainda, gerais de direito,<sup>682</sup> tácitos “no interior do ordenamento jurídico”<sup>683</sup> e reconhecidos, “no instante de seu descobrimento”,<sup>684</sup> sendo portanto, declarado pelo juiz e não constituído por este,<sup>685</sup> cuja força deve dominar a interpretação do direito, pois “são eles que conferem coerência ao sistema”,<sup>686</sup> mas que embora eles vinculem o intérprete, não garantem a sua “neutralidade política” pois esta, na prática “do direito se dissolve, sempre”, vez que “todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas”<sup>687</sup>, mas que isto não quer dizer que existe a “discrecionalidade judicial,”<sup>688</sup> pois o “juiz não produz normas livremente”,<sup>689</sup> mas como intérprete autêntico, realiza um juízo de legalidade, que é “desenvolvido no campo da prudência”, detido tanto pelo texto normativo, especialmente “pelos que veiculam princípios”<sup>690</sup> como pelos fatos.

Assim, ressalva que a “abertura dos textos do direito” permite que este “permaneça ao serviço da realidade”, mas “não é absoluta”,<sup>691</sup> pois o intérprete está “atado, retido”, pelos texto do direito, “sua função está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade)” e ao “interpretar o direito” formula “juízos de legalidade”<sup>692</sup> que “embora desenvolvido no campo da prudência” é realizado “atado” ao texto normativo e aos fatos,<sup>693</sup> de forma que o “rompimento dessa retenção pelo intérprete

---

<sup>682</sup> *Ibidem*, p. 43. Embora não estejam “enunciados em texto escrito”, “estão contemplados em estado de latência” no ordenamento de que faz parte. p. 147-148.

<sup>683</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>684</sup> “A autoridade judicial, ao tomá-los (...) simplesmente comprova a sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do direito que aplica, declarando-os.” *Ibidem*, p. 44 e 145.

<sup>685</sup> *Ibidem*, p. 47. Ainda, segundo o autor, o juiz, “simplesmente comprova a sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do direito que aplica.” p. 149

<sup>686</sup> *Ibidem* p. 51 e 200. Segundo o autor, “a interpretação do direito é dominada pela força dos princípios”. p. 200-201.

<sup>687</sup> *Ibidem*, p. 51, 204-205.

<sup>688</sup> Segundo Eros Grau a discrecionalidade enseja “juízo de oportunidade” que é a “escolha entre indiferentes jurídicos”, mas como cabe ao magistrado apenas o “juízo de legalidade” e não de oportunidade, não há que se falar em discrecionalidade judicial. *Idem*, p. 52 -53, 151, 208 e 209.

<sup>689</sup> *Ibidem*, p. 52 e 207.

<sup>690</sup> *Ibidem*, p. 52. Os “princípios atuam como mecanismo de controle da produção de norma pelo intérprete,” como “medida do controle externo da produção de normas”. p. 203.

<sup>691</sup> *Ibidem*, p. 52 e 116. “A interpretação do direito encaminha a atualização do direito.” p. 52, 115-116 e 207

<sup>692</sup> *Ibidem*, p. 52 e 208. A “interpretação é a expressão de uma manifestação constitutiva, que envolve uma decisão. (...) assumida (...) mediante a formulação de um juízo de legalidade – não de um juízo de oportunidade (=discrecionalidade).” p. 52 e 209.

<sup>693</sup> *Ibidem*, p. 209.

autêntico resultará a subversão do texto”,<sup>694</sup> em que o binômio, norma *versus* ideologia não guarda equivalência.<sup>695</sup>

Nesse ensejo Eros Grau conclui que a interpretação do direito<sup>696</sup> é o “caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, através do particular”<sup>697</sup> primando pela atualização do direito, mesmo que “pereça a certeza em benefício da esperança”<sup>698</sup>, vez que o direito é “um organismo vivo peculiar” que “não envelhece”, “é contemporâneo à realidade”, e é disso que extrai sua “força”, “fascínio” e “beleza”<sup>699</sup>.

### 3.1.2 *Como os magistrados deveriam decidir*

#### 3.1.2.1 Friedrich Karl Von Savigny

Ao propor uma metodologia jurídica, a partir da “apresentação das normas de elaboração absoluta da ciência do direito”,<sup>700</sup> Savigny afirma que a lei, “deveria ser (...) tão perfeita que quem a aplicasse não teria que adicionar nada de si próprio” e que assim, o juiz, ao tomar a decisão, aplicaria “a própria lei”, cabendo a ele apenas reconhecer “as normas e as aplica no caso particular”, sendo portanto, sua única atividade, realizar uma “uma interpretação puramente lógica”,<sup>701</sup> por meio de uma jurisprudência sistematicamente elaborada, de forma coerente e uniforme<sup>702</sup> levando em conta o histórico e o filosófico.<sup>703</sup>

Daí Savigny propõe uma “metodologia completa e absoluta” composta por três partes, uma “filológica”, destinada à interpretação da jurisprudência, outra histórica, referente à elaboração histórica da jurisprudência e uma terceira “sistemático-filosófica”, pertinente à elaboração sistemática da jurisprudência.<sup>704</sup>

---

<sup>694</sup> GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52 e 207.

<sup>695</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>696</sup> Segundo o autor: “processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos” *Ibidem*, p. 55 e 125.

<sup>697</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>698</sup> Afirma que o juiz – interprete autêntico - realiza uma interpretação correta quando ela está, a uma, inserida “no quadro (na moldura) do direito, a duas, justificada por um “discurso que (...) se processa de maneira racional”, e a três, de acordo com “código de valores dominantes”. p. 211

<sup>699</sup> *Ibidem*, p. 55. Para o autor “(...) a realidade social é o presente, o presente é a vida – e vida é movimento.” 2005, p. 55. “Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.” p. 126.

<sup>700</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP, Edicamp, 2001, p. 1.

<sup>701</sup> *Ibidem*, p. 3-4. Nesse interim o autor explica que isto inclui que “a jurisprudência é uma ciência puramente filológica.” p. 4.

<sup>702</sup> Nesse diapasão, Savigny afirma que como a filosofia “mediante uma completa dedução, deve indicar todo o conteúdo da tarefa geral”, pode-se concluir que a “jurisprudência é uma ciência filosófica”. p. 5.

<sup>703</sup> *Ibidem*, p. 7. O autor ainda afirma que o sistema “deve ser concebido como em progresso constante, e estar relacionado com o todo (história interior do direito), mas não deve elaborar somente questões isoladas do direito”. p. 7.

<sup>704</sup> *Ibidem*, p. 7-8. Assevera que a interpretação deve ser feita “histórica e sistematicamente” e que nela está “pressuposto algo diretamente dado: um texto”. Ainda, afirma “toda lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma”, de maneira que, quem interpreta uma lei deve analisar o pensamento contido na lei, deve pesquisar o conteúdo da lei”. p. 9.

E daí explica que a interpretação é “tríplice”, constituída pela lógica, que apresenta a “genética do pensamento da lei, que deve ser expresso;” pela gramática, condição necessária lógica e pela parte histórica, mas que “todas as premissas da interpretação devem se encontrar na própria lei ou em conhecimentos gerais”, e que o intérprete, assim, ao se colocar “no ponto de vista da lei”, terá sua interpretação vinculada à “intenção do legislador”.<sup>705</sup>

Nesse esteio conceitua a interpretação como “a reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei” e elucida que sua “tarefa suprema” é restaurar o “sentido a um texto corrompido”, por meio dos elementos “lógicos, gramaticais e históricos”, podendo advir do próprio texto, mas que quando se destina a reconstruir o sentido do texto corrompido, se caracteriza como “crítica superior”, que “prescinde da arbitrariedade”, “pressupõe uma necessidade” e deve ser norteadada pela certeza.<sup>706</sup>

Nesse contexto alega que existem dois “princípios fundamentais para a interpretação em geral”, o princípio da “individualidade da interpretação”<sup>707</sup> e o princípio da “universalidade”,<sup>708</sup> haja vista que toda interpretação deve ser concomitantemente “individual e universal”, capaz de “unir os diferentes”,<sup>709</sup> vez que a “interpretação não pode seguir por uma única trilha”,<sup>710</sup> sendo, para tanto, imprescindível atrelar este dois princípios “em um todo”, pois seu objetivo é ofertar “um resultado para o sistema”<sup>711</sup>.

Daí Savigny discorre sobre a “elaboração histórica da jurisprudência” afirmando que como “muitos aspectos” da jurisprudência “não podem ser compreendidos sem um certo conhecimento histórico prévio”, ela é necessária, mesmo porque “toda a legislação é, mais ou menos, o resultado da sua história anterior”.<sup>712</sup>

---

<sup>705</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP, Edicamp, 2001, p. 9-10. “Que traduz “as condições históricas para captar o pensamento da lei”. *Ibidem*, p. 10. Isto porque, segundo o autor, “Só é possível a apresentação da lei através da apresentação do momento em que existe a lei”. p. 10.

<sup>706</sup> *Ibidem*, p. 11. Tal crítica é formulada por “simples suposições engenhosas”. p. 12.

<sup>707</sup> *Ibidem*, p. 15. Aquele por meio do qual “o intérprete deve (...) descobrir o particular de cada texto, que só pode ser extraído do mesmo” e que é “o melhor meio” de realizar tal descoberta, pois possibilita ao intérprete “descobrir a singularidade de expressões técnicas”, mas ressalta sua utilização está vinculada à “qualidade da legislação que se pretende interpretar”, pois quanto maior a perfeição da “legislação, tanto mais aplicável será o princípio”. p. 15-17.

<sup>708</sup> Por meio dele, “cada parte” é entendida e concebida “em relação com o todo”. *Ibidem*, p. 18.

<sup>709</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>710</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>711</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>712</sup> *Ibidem*, p. 28-29. E explica que a “elaboração histórica” é possível, a uma, por meio “de uma vinculação histórica” e, a duas, por “uma separação histórica”, sendo a primeira traduzida pela pesquisa sobre “como uma questão especial foi respondida de distintos modos em diversas épocas da legislação”, devendo-se observar o sistema “na sua totalidade e ser considerado progressivo” e, a segunda, pela apreciação da jurisprudência a partir da “separação completa de suas fontes”. p. 29-31. Seja da maneira que for, de acordo com Savigny, a jurisprudência tanto pode ser o

Assim, Savigny analisa a “elaboração sistêmica da jurisprudência”<sup>713</sup> e afirma que para tanto é necessário o conhecimento de todo o conteúdo da legislação para avaliar os princípios, em parte, de forma particular, em parte, na sua conexão”<sup>714</sup> e, assim, montar um verdadeiro sistema, por meio do qual é possível, por exemplo, “estabelecer a relação entre norma e exceção”,<sup>715</sup> “dar definições e fazer distinções”.<sup>716</sup>

Por fim, Savigny “interpretação extensiva e restritiva”, não é uma “verdadeira interpretação” podendo ser denominada “interpretação material” porque “diz que, por meio do juiz, algo de fora é adicionado à expressão da lei e só na interpretação material é possível esta arbitrariedade”.<sup>717</sup>

E, então, conclui que é apenas “possível um aperfeiçoamento da lei através do legislador, mas nunca através do juiz”<sup>718</sup> e que, por isso mesmo, “aquilo que for exceção a uma regra legal” não pode ser estendido pelo juiz, “por analogia, para outros casos semelhantes.”<sup>719</sup>

### 3.1.2.2 Chaïm Perelman

Perelman, diferentemente dos demais autores, propõe temperar o positivismo jurídico de Kelsen com a realização de um raciocínio lógico pelo magistrado, embasado em valores da realidade social, máximas e princípios do direito, visando moldar o direito aos fatos,<sup>720</sup> com o fito de decidir nos termos da legalidade do ordenamento jurídico, mas também, aplicando a solução mais aceitável, razoável, justa, de acordo com a realidade do caso concreto.

Ao explicar “Lógica Jurídica”, a fim de demonstrar que existiria uma lógica na aplicação dos juízos de valor, defende que os juízos de valores, embora subjetivos, poderiam ser analisados objetivamente e tenta realizar um consenso entre o pensamento positivista e a concepção não positivista.<sup>721</sup>

---

tema principal, como também pode ser instrumento de crítica à política ou de análise comparativa entre a legislação e seu resultado. p. 33.

<sup>713</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP, Edicamp, 2001, p. 34.

<sup>714</sup> Com o fim de “desenvolver a determinação dos princípios particulares” e, ainda, “ordenar a vinculação de vários princípios particulares e sua conexão”. *Idem*, p. 37.

<sup>715</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>716</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>717</sup> *Ibidem*, p. 41. Segundo ele: “Esta operação é tão arbitrária que não é possível falar em uma verdadeira interpretação porque o que o juiz deve adicionar à lei (...) não pode ser objetivo”. p. 42.

<sup>718</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>719</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>720</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 135.

<sup>721</sup> “Que utiliza tão somente o critério da legalidade na aplicação do direito por operação dedutiva, restringindo a função da lógica e da utilização prática da razão, sem considerar o razoável, o justo”. *Ibidem*, p. 136-137.

<sup>721</sup> *Ibidem*, p. 137.

Daí afirma que é justo tratar situações semelhantes da mesma forma, mas que para isso, deve se aplicar a justiça ao juízo de valor e à apreciação lógica dos valores, passando, nesse ínterim, a ponderar sobre as técnicas de argumentação e a elucidar sobre a dialética<sup>722</sup> e a retórica.<sup>723</sup>

E então, por meio da sua teoria, intitulada nova retórica ou tratado de argumentação, demonstra o valor da nova retórica, especialmente para a lógica jurídica, pois aquela objetiva persuadir as mentes a consentir as teorias apresentadas por meio do discurso, visando angariar a adesão do auditório e, além disso detém uma relação com a lógica formal, pois quando esta não é capaz de clarear algo confuso, a solução da questão é realizada por meio da apreciação dos argumentos que depende da retórica.<sup>724</sup>

Ainda, afirma que “a adesão a uma tese pode ter intensidade variável”, (o que é imprescindível quando o assunto remete a valores) e que a retórica, (diversamente da lógica formal e das ciências positivas) tem maior relação com “a adesão do que com a verdade”, porque a adesão é pessoal, visa um auditório.<sup>725</sup>

Neste contexto informa que, na retórica, o “auditório é parte central”, e que, para que o discurso seja eficaz, é imprescindível sua especificidade ao respectivo auditório e, ainda, que seja tão persuasiva e convincente que possa ser capaz de convencer qualquer auditório.<sup>726</sup>

E assim, afirma que a argumentação do raciocínio é, na nova retórica, o pano de fundo do discurso jurídico,<sup>727</sup> e almeja a adesão a uma determinada tese, por ser a mais oportuna, conveniente, razoável ou útil, quer dizer, a argumentação invoca o juízo de valor,<sup>728</sup> por meio do qual o orador deve realizar a escolha dos valores e fatos que

---

<sup>722</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.139. Segundo o autor, a dialética é “arte da discussão” e “se mostra o método apropriado a solução dos problemas práticos, os que concernem aos fins da ação, que envolvem valores”.

<sup>723</sup> Para o autor, diferentemente do conceito aristotélico (“arte de procurar, em qualquer situação, os meios de persuasão disponíveis”) é por meio da retórica que se estuda “as técnicas discursivas que visam provocar ou a aumentar a adesão das mentes à tese apresentada a seu assentimento.” *Ibidem*, p. 141.

<sup>724</sup> *Ibidem*, p. 142-143.

<sup>725</sup> “A retórica visa o convencimento da pessoa, que por motivos pessoais, adere à tese disposta por meio da retórica”. *Ibidem*, p. 143.

<sup>726</sup> *Ibidem*, p. 143-144. Diante disto, elucida que se deve utilizar argumentos universais, que sejam admitidos por todo e qualquer ser racional, mas que também, na sua concepção de uma nova retórica, deve-se conhecer o auditório e adaptar a argumentação quanto ao mesmo, porque a forma de se dirigir a ele, de abordá-lo, é o que fará a diferença no discurso especificamente, de forma a realizar uma melhor conexão entre aqueles que compõem o auditório que escuta e o orador que visa persuadi-los a aderir à sua tese. p. 144-146. Nesse enredo, afirma que existem três espécies de oratórias, sendo uma delas a judiciária, que “desde à época de Aristóteles, visava os aspectos técnicos do raciocínio prático, da deliberação e da lógica dos juízos de valores, com vista a um fim, mas que não havia qualquer discussão quanto ao valor deste fim” e que as outras duas são a “deliberativa, referente a questão política controversa, e a epidítica relacionada ao espetáculo”, mas que a primeira, tanto quanto a judiciária, objetiva uma decisão e na última apenas o “apreço ao talento do orador”. *Ibidem*, p. 147.

<sup>727</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>728</sup> Segundo o autor, quando o orador que não se preocupa com as reações do auditório que visa convencer e não conhece previamente as teses às quais o determinado auditório é adepto cai na petição de princípio, devendo, a fim de



abordará em sua argumentação e que as opções incidirão tanto sobre a tese que defende, como sobre a maneira que a formula,<sup>729</sup> assentando-os na consciência daqueles que compõem a plateia, por meio das técnicas de apresentação.<sup>730</sup>

Sendo assim, inegável que, a uma, a arte da argumentação possui uma função extremamente persuasiva, e; a duas que o orador pode, por meio das técnicas de apresentação, unir as proposições, coordená-las; hierarquizar os acontecimentos, acentuar sua singularidade ou frisar sua generalidade,<sup>731</sup> ao buscar as soluções dos problemas e das dificuldades no mundo jurídico.<sup>732</sup>

Daí passa a elucidar sobre os princípios, afirmando que estes se referem muito mais a presunções, que a evidências e, assim, apresenta três princípios: o conservador, que é aquele que presume a importância aos precedentes da vida social e do direito;<sup>733</sup> o liberal, que é melhor deixar que os homens decidam livremente e o socialista, que é o que dispõe sobre presunção de igualdade, sendo cada um deles um lugar-comum, “um princípio geral de conduta” presumíveis,<sup>734</sup> mas que como são incompatíveis, ensejam sua escolha ao orador, que ao optar por um, deve usá-lo como ponto de partida de sua argumentação.<sup>735</sup>

E assevera que a influência maior ou menor que o orador exerce sobre o auditório está diretamente ligada ao discurso como um todo, seja por cada argumento isolado, seja pela conexão que apresentam entre si, seja, ainda, pelos argumentos íntima e espontaneamente assimilados por aqueles que ouvem o discurso,<sup>736</sup> a fim de garantir a sua eficácia, que depende do seu efeito sobre o auditório<sup>737</sup>.

Diante disto propõe a obtenção de soluções judiciais aceitáveis, recorrendo-se às técnicas da argumentação, necessárias a conciliar “a melhor interpretação da lei com

---

evitá-la, conhecer o que o seu auditório pensa. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999 p. 156-157.

<sup>729</sup> Segundo o autor, “(...) aquele que argumenta e procura exercer com o seu discurso uma influência sobre o seu auditório não pode evitar fazer escolhas. Estas incidirão tanto sobre a sua tese como sobre a maneira de formulá-las”. p. 165

<sup>730</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>731</sup> *Ibidem*, p. 162. O que quer dizer que, afinal tudo depende do que é mais conveniente à tese do orador. Pela técnica de argumentação, ele vai apresentar os fatos como melhor lhe convier. Ao se observar os argumentos dos ministros do STF durante os debates que precederam a edição da S.V. n.13 não é isto que se constata?

<sup>732</sup> Segundo o autor “Ao se aplicar o geral ao concreto, (...) no raciocínio jurídico, muitas vezes, é necessário opor o ponto de vista pragmático ao formal, o espírito da lei à sua letra fria, reinterpretar, ao invés de interpreta-la literalmente”. *Ibidem*, p. 163. Isto porque “o direito busca solucionar a questão posta, uma vez que seu objetivo é que as lides cheguem a termo em um tempo razoável”. *Ibidem*, p. 166-167.

<sup>733</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>734</sup> Referente à presunção da liberdade. Tudo que não fosse proibido, seria permitido. A proibição é a exceção e a permissão é a regra. *Idem*, p. 169.

<sup>735</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>736</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 172-180.

<sup>737</sup> Nesse ínterim, Perelman afirma que o orador pode modificar o discurso de acordo com a plateia e apresentar os argumentos a partir do momento que percebe que o público está pronto para assimilá-los positivamente. *Ibidem*, p. 180-181. Mas o STF não se importou com isso.

a melhor solução dos casos particulares”, temperando, assim, o direito positivo também por meio dos princípios gerais do direito e das regras de direito não escritas e tendo em voga o valor de equidade.<sup>738</sup>

Segundo ele, é possível que os colegiados não hesitem em utilizar até a ficção jurídica,<sup>739</sup> para justificar as decisões, porém, lembra que podem até fazê-lo, mas que a argumentação utilizada para motivar a solução deve ser juridicamente sólida, a mais aceitável socialmente, conciliando a decisão aceitável à sociedade com e à legislação posta.<sup>740</sup>

Desta feita, o papel do magistrado é obter uma decisão legal, “razoável e aceitável”<sup>741</sup> e somente pode determinar como a lei deve ser aplicada quando há omissão do legislativo,<sup>742</sup> pois deve interpretá-la, torná-la mais flexível, por meio de sua decisão quanto ao caso concreto, mas não lhe compete criá-la.<sup>743</sup>

Desta feita, juiz deve motivar sua decisão, expressar o raciocínio jurídico desenvolvido no transcorrer do caminho à solução do caso concreto, pois assim afasta a tentativa de mera persuasão, expressa razões pelas quais optou por aquela determinada solução,<sup>744</sup> e consequentemente afasta a arbitrariedade, essencial à boa administração da justiça e imprescindível ao convencimento do auditório.<sup>745</sup>

---

<sup>738</sup> *Ibidem*, p. 186. Mas vale questionar: como não, se ao realizar a apreciação do valor de equidade no caso concreto, o juiz elabora um juízo discricionário em que a linha com o arbitrário é extremamente tênue e o raciocínio realizado está intimamente ligado às convicções subjetivas do magistrado? Isto é temerário. O juízo elaborado pelo magistrado é de legalidade, não de discricionariedade, como afirma Eros Grau. E o equívoco dos ministros do STF ao comporem a S.V. n.13 pode ter sido este: não realizar estritamente o juízo de legalidade.

<sup>739</sup> *Ibidem*, p. 191. O uso da ficção é temerário, pois remete à discussão sobre verdade e justiça. Seu uso é recomendado apenas em casos extrema necessidade, quando não há outro recurso para resolver o binômio legislação aplicável e equidade, quando o formalismo jurídico acarreta consequências socialmente inaceitáveis.

<sup>740</sup> *Ibidem*, p. 193. “É raro, entretanto, que os tribunais, se realmente o desejam, não encontrem, na técnica jurídica, um meio de conciliar sua preocupação de uma solução aceitável com sua fidelidade à lei.” p. 193.

<sup>741</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>742</sup> *Ibidem*, p. 203-204.

<sup>743</sup> *Ibidem*, p. 206. O autor ressalta que o magistrado “ao colocar-se no lugar do legislador (...) torna-se, por assim dizer, independente dele, tendo a missão de criar a lei em vez de se limitar a aplicá-la.” *Ibidem*, p. 206. E completa “a corte suprema e o legislador atual é que torna atraente a técnica de interpretação sugerida, pois ela transforma a busca da vontade do legislador em uma presunção suscetível de ser derrubada.” *Ibidem*, p. 207. E, ainda, afirma: “De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, reinterpretá-la e torná-la mais flexível”. *Ibidem*, p. 209.

<sup>744</sup> *Ibidem*, p. 210-211. Em conformidade com os dizeres de Perelman, com a motivação, os demais juristas entendem porque foi proferida aquela decisão e a opinião pública a conhece e, desta forma, o magistrado não apenas obedece ao requisito legal, mas também ao valor de solução mais aceitável. *Ibidem*, p. 213. No caso da S.V. n.13 “os demais juristas” não entenderam “porque foi proferida aquela decisão” nos termos em que foi e não a observaram como “a solução mais aceitável”.

<sup>745</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 216. Desta forma, fica clara a conclusão de que o objetivo do magistrado ao prolatar a sentença não é só decidir, mas também convencer com os argumentos expostos por meio dos motivos, não apenas os demandantes, como também a opinião pública e as instâncias superiores. Tanto que hoje em dia, é de notório saber que o magistrado de primeira instância, antes de decidir, normalmente, busca conhecer como os magistrados de segunda instância estão decidindo quanto ao tema, já que possuem competência para reformar sua decisão. E isto ocorre em todas as instâncias, até chegar ao STF, que possui a palavra final. A questão em tela é ainda maior: no caso da edição da S.V. n.13 a palavra do STF não é a final, é a única e exclusiva.

Além disso, o magistrado deve ter em mente o ramo e a matéria de direito em voga, bem como o auditório ao qual se dirige,<sup>746</sup> trazendo a solução viável de acordo com a legislação e com a sociedade ao problema concreto.<sup>747</sup>

Desta feita, Perelman elucida que a lógica judiciária fundamenta-se na adesão cabendo ao magistrado convencer a todos de que a decisão tomada é a legal e mais aceitável: “mais equitativa e a mais conforme o direito em vigor”.<sup>748</sup>

Diante disto, se constata que a teoria de Perelman - nova retórica por meio da lógica jurídica, além de propor argumentações - destaca a função do magistrado na busca de argumentos, com base na doutrina e jurisprudência, que deve sopesar tudo, motivar e tomar a sua decisão, com o fito de convencer os auditórios de que a solução tomada: a escolha feita, sua decisão, é legal e é a mais aceitável.<sup>749</sup>

### 3.1.2.3 Karl Larenz

Segundo Larenz a interpretação é “uma atividade de mediação pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático” devido a existir na linguagem da lei, “termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias”<sup>750</sup> e sua missão é “evitar a contradição entre normas, responder a questões sobre concurso de normas e concurso de regulações e delimitar, uma face às outras, as esferas de regulação, sempre que tal seja exigível.”<sup>751</sup>

Por isto, o autor dispõe que o objeto da interpretação é o texto legal e que mediante a interpretação faz-se falar o sentido do texto, tornando-o, assim, “comunicável”, mas que, para que o texto “fale” a alguém, que esta pessoa tem que entender “alguma coisa daquilo que ele trata”, pois ele apenas “responde a quem o

---

<sup>746</sup> *Ibidem*, p. 216. Pois a finalidade do direito é regulamentar a vida em sociedade e, para isto, o magistrado deve aplicar a lei, de forma que “(...)os tribunais (...) é que são encarregados de dizer o direito, motivando suas decisões”. *Ibidem*, p. 221. Diante da forma que a SV n.13 foi editada (debates e redação) parece que os Ministros do STF se esqueceram que a normativa atingiria vários auditórios, não só o executivo – político, como também o legislativo, o judiciário e seria matéria de análise do magistério doutrinário, em todos os entes da federação, vez que os argumentos apresentados pelo STF não forem entendidos juridicamente e muito menos convenceram a todos estes auditórios.

<sup>747</sup> *Ibidem*, p. 222. Afirma que a decisão deve ser “conforme ao direito em vigor, e aceitável como tal por aqueles que a examinarão”. *Ibidem*, p. 223. Mas parece que os ministros do STF, ao editarem a SV n.13, apenas se ocuparam com o poder executivo, sob o argumento de que a vedação do nepotismo decorria do anseio da sociedade.

<sup>748</sup> *Ibidem*, p. 240. O autor ressalva ainda que o magistrado, ao realizar o raciocínio jurídico, pode realizar o silogismo, porém, pela lógica jurídica, deve ser ater a demonstrar a aceitabilidade das premissas que resultam da confrontação das provas, das argumentações, dos valores e de tudo o mais apresentado na demanda.

<sup>749</sup> *Ibidem*, p. 241-242. Parece ser esta, uma das falhas no procedimento de edição da SV n.13 pelo STF.

<sup>750</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439. Tanto é assim, que uma mesma expressão é usada em diferentes leis, e inclusivamente na mesma lei, em diferentes sentidos. Neste ínterim, o autor ainda lembra da necessidade da interpretação quando “duas proposições jurídicas prescrevem para a mesma situação duas consequências jurídicas que reciprocamente se excluem sendo também neste momento, imprescindível aplicar a interpretação.

<sup>751</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 441.

interroga corretamente”. E por assim ser, conforme o autor o intérprete “precisa conhecer a linguagem da lei e o contexto de regulação em que a norma se encontra”<sup>752</sup>.

Contudo, Larenz ressalta que cada nova interpretação transforma a aplicação efetiva da respectiva norma, e que por isso, não há como admitir a ideia de que o intérprete é passivo de apenas “deixar falar” a norma.<sup>753</sup>

Dessa forma, o juiz, ao interpretar um determinado termo ou proposição jurídica, deve fazê-lo “não apenas precisamente para este caso concreto, mas de maneira que a sua interpretação possa ser efetiva para todos os outros casos similares”, e, ainda, com “conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis”, mesmo não havendo “uma interpretação absolutamente correta”.<sup>754</sup>

O autor informa que a correção da decisão é de acordo com ordem jurídica e o momento e que os tribunais não estão “presos a determinada interpretação”, mas sempre que “mudem ou pretendam mudar de orientação, estão obrigados a expor suas razões e estas têm que ser de tal ordem que possam sustentar a nova interpretação”. Dessa maneira “a atividade interpretativa do juiz” é, conforme ensina Larenz, subordinada à exigência de “correção dos seus resultados”.<sup>755</sup>

A partir disso, afirma que “toda interpretação de texto deve iniciar-se com o sentido literal”, mas que também deve observar o “contexto significativo da lei”, vez que um termo, “segundo o uso da linguagem”, pode ter vários significados de acordo com o contexto da lei.<sup>756</sup>

Contudo, ressalva que como tais critérios ainda “deixam em aberto diferentes possibilidades de interpretação”, e que por isso, deve-se observar qual “a interpretação que melhor corresponde à intenção reguladora do legislador ou à sua ideia

---

<sup>752</sup> *Ibidem*, p. 441.

<sup>753</sup> *Ibidem*, p. 441-442.

<sup>754</sup> *Ibidem*, 442-443. “No sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas” devido à “variedade inabarcável e permanente da mutação das relações da vida que colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões”, bem como de acordo com a “totalidade do ordenamento jurídico respectivo” e com “as pautas de valoração que lhe são subjacentes”. p. 443.

<sup>755</sup> *Ibidem*, 359. Nesse ínterim constata que embora existam duas teorias contrapostas sobre a interpretação da lei, a “subjetivista ou de vontade” e a “objetivista ou da interpretação imanente à lei”, que ambas possuem uma parte de verdade, mas que devem ser aceitas “com limitações”. *Ibidem*, p. 445.

Nesse contexto o autor ainda explica que: “A verdade da teoria subjetivista é que a lei jurídica, (...) é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem, tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade.” E que por isso “Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara”. De outro lado, o autor afirma que: “A verdade da teoria objetivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado.” *Ibidem*, p. 446.

<sup>756</sup> *Ibidem*, p. 450. Conforme o autor “o sentido literal a extrair do uso linguístico (...), serve à interpretação, (...) como uma primeira orientação, assinalando, por outro lado, enquanto sentido literal possível (...) o limite da interpretação propriamente dita. Delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior atividade do intérprete. *Ibidem*, p. 457.

normativa”,<sup>757</sup> indo, o intérprete até “além da vontade do legislador” entendendo-a de acordo com a sua própria racionalidade.<sup>758</sup>

Daí expõe sobre os critérios de interpretação<sup>759</sup> teleológico-objetivo<sup>760</sup> e princípios ético-jurídicos<sup>761</sup> que devem nortear a interpretação e, assim, afirma que o “preceito da interpretação conforme a constituição” tem “uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional”,<sup>762</sup> pois são “princípios e decisões valorativas”<sup>763</sup> que determinam a invalidade da legislação ordinária contrária, quando esta não pode ser “interpretada em conformidade com a Constituição”<sup>764</sup>.

E, então, elucida que a “interpretação em conformidade com a Constituição” é “um critério de interpretação”, preferível dentre “as várias interpretações possíveis”, além de não poder “ultrapassar os limites que resultam de sentido literal possível e do contexto significativo da lei,”<sup>765</sup> é “aquela que melhor concorda com os princípios da Constituição”.<sup>766</sup>

Nesse diapasão, afirma que o intérprete deve preferir aquela interpretação que melhor se ajuste “à intenção reguladora do legislador e ao escopo da norma em causa”, pois o juiz, ao realizar a interpretação, “está vinculado por princípio aos fins da lei e às

---

<sup>757</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 462.

<sup>758</sup> *Ibidem*, p. 468.

<sup>759</sup> Aqui vale ressaltar que o autor afirma que: “os critérios de interpretação não são apenas diferentes métodos de interpretação, entre os quais o intérprete possa escolher segundo o seu arbítrio, mas pontos de vistas metódicos que devem ser todos tomados em consideração para que o resultado da interpretação deva poder impor a pretensão de correção (no sentido de um enunciado adequado)”. E ainda acrescenta que: “os diversos critérios, como o sentido literal, e também, frequentemente, a conexão de significado da lei, deixam sempre em aberto diferentes possibilidades de interpretação; outros, frequentemente, não funcionam porque, por exemplo, o entendimento da norma por parte do legislador histórico já não é possível de se constatar.” E que por isto: “Não raramente, necessita-se de uma «ponderação» de diferentes pontos de vista”. *Ibidem*, p. 450.

<sup>760</sup> Conforme o autor “(...) trata-se das estruturas do âmbito material regulado, dados factuais, em relação aos quais nem o legislador pode alterar o que quer que seja, e que ele toma em consideração de modo racional a propósito de qualquer regulação;”. *Idem*, p. 469

<sup>761</sup> De acordo com as lições do autor “estão antepostos a uma regulação, nos quais a referência de sentido dessa regulação à ideia de Direito se torna apreensível, manifesta”. *Ibidem*, p. 469-470.

<sup>762</sup> *Ibidem*, p. 479.

<sup>763</sup> Os valores que são reconhecidos na Lei Fundamental podem estar dispostos como princípios ou como direitos fundamentais e “se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si”. *Ibidem*, p. 483.

<sup>764</sup> *Ibidem*, p. 479.

<sup>765</sup> *Ibidem*, p. 480-481. Parece que os Ministros do STF ultrapassaram este limite ao estabelecerem uma Súmula Vinculante que veda minuciosamente o nepotismo, como decorrente apenas do conteúdo dos princípios constitucionais que regem a administração, especialmente o da moralidade, da imparcialidade e da eficiência. Realmente a vedação do nepotismo é consequência da autoaplicação de tais princípios, mas isto não quer dizer que a redação da Súmula, na forma em que está, é decorrente de apenas deles, vez que tece minúcias quanto à noção de nepotismo que nem mesmo em uma interpretação ampla, podem ser observadas como consequência da autoaplicação de tais princípios.

<sup>766</sup> *Ibidem*, p. 480. Nesse sentido, assevera que “quando a interpretação mais antiga está em contradição com um princípio constitucional há de verificar-se se é possível uma interpretação conforme a Constituição, se o for, há de preferir-se esta, se não, há de denegar-se validade à norma, como contrária à Constituição.” *Ibidem*, p. 488- 489.

decisões valorativas do legislador a ele subjacente”<sup>767</sup> e, que, como os critérios guardam relação entre si, que o peso deles depende do modo como se apresentam no caso concreto, podendo apoiar-se reciprocamente”.<sup>768</sup>

Ainda, ressalta que não há como definir em que momento uma interpretação “originariamente legitimada há de ceder à outra que se orienta” por pautas atuais, mas que a interpretação “é uma atividade criadora do espírito” e que aquele que a realiza tem “uma margem de livre apreciação, dentro da qual são plausíveis diferentes resoluções”, mas desde que “fundamente as razões porque considera algum critério como determinante”.<sup>769</sup>

Nesse enredo, ainda dispõe que quando o intérprete tiver “esgotado todas as possibilidades de alcançar um resultado metodologicamente assegurado” ele ainda pode “encontrar uma decisão de sua exclusiva responsabilidade”, mas que nesse contexto ele deve explicar a valoração pessoal que foi realizada,<sup>770</sup> uma vez que tudo gira em volta do “caso concreto que tem de resolver”.<sup>771</sup>

Daí, também afirma que a aspiração “legítima” do magistrado é “um imperativo de ordem moral e que por isso ele deve procurar na lei “possibilidades de soluções que satisfaçam a justiça”, mesmo que esta “não possa ser sempre alcançada”. Nesse diapasão, ainda explica que o juiz, mesmo detendo “uma opinião preliminar relativa à resolução que há de achar”, é obrigado a “permitir que a sua opinião preliminar seja retificada pela lei”.<sup>772</sup>

Não sendo, portanto, lícito ao juiz, “introduzir na lei o que deseja extrair dela”, pois não pode “sobrepôr-se à decisão valorativa do legislador, vez que a “justiça da resolução do caso” é “uma meta desejável de atividade judicial” que deve ser realizada nos termos das leis vigentes e dos princípios jurídicos reconhecidos, em conformidade

---

<sup>767</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 485-486.

<sup>768</sup> *Ibidem*, p. 488. Como o critério do sentido literal e o contexto, que delimitam as diversas interpretações possíveis. Contudo, Larenz ressalta que como “o sentido literal delimita a interpretação possível de uma disposição, é recomendável começar por ele, com isso, é-se logo conduzido ao contexto significativo”. *Ibidem*, p. 488 Nesse contexto, aduz que os critérios teleológicos são decisivos pois, são por um lado “as estruturas materiais do âmbito da norma e por outro lado, os princípios jurídicos imanentes ao ordenamento jurídico.” *Ibidem*, p. 487.

<sup>769</sup> *Ibidem*, p. 489. Mas parece que tal ação também não foi clara e completamente explicitada pelos Ministros do STF ao editarem a SV n.13.

<sup>770</sup> *Ibidem*, p. 489. Muitas das valorações apresentadas pelos Ministros nos debates que antecederem a SV n.13 se assemelham mais a valorações pessoais que jurídicas.

<sup>771</sup> *Ibidem*, p. 491. Não parece que com a edição da SV n.13 o STF tenha dado a resolução mais justa aos casos concretos posteriores a ela.

<sup>772</sup> *Idem*, p. 492-493.

com “o auxílio das regras de interpretação mencionadas no decurso de um desenvolvimento jurisprudencial do Direito que seja admissível”.<sup>773</sup>

Nesse diapasão, nota que o Estado se encontra em situação perigosa, pois, se por um lado, há a “perda de autoridade do legislador atual, que só raras vezes se ocupa do tempo necessário (...) a examinar cuidadosamente as suas formulações, e não raro se omite em absoluto quanto à regulação, quando esta deve esperar-se dele”; por outro, há o juiz “que sorteia o Direito estatuído, para substituir as pautas legais pela sua ideia pessoal de justiça”.<sup>774</sup>

E sintetiza esse tópico afirmando que a modificação da interpretação anterior ocorre quando a “alteração da situação normativa” motiva a revisão devido à variação das relações fáticas “de tal modo que a norma dada deixou de se ajustar às novas relações”, devido ao passar do tempo, que não está na quietude”.<sup>775</sup>

Desta feita, para Larenz a “aplicação correta do direito (...) não só autoriza o juiz a desenvolvê-lo no sentido de continuar a formá-lo através da interpretação, como até mesmo obriga-o a isso”, podendo, ao realizar a interpretação do direito “aplicar, a formulação integradora e – em determinados limites – corretora ou modificativa do direito”, pois intrínseca à atividade judicante, mas resta questionar sobre os limites dessa faculdade”.<sup>776</sup>

#### 3.1.2.4 Inocêncio Mártires Coelho

Inocêncio Mártires Coelho elucida que existem “traços comuns a atividade interpretativa” e que “uma prévia formulação teórica sobre a interpretação jurídica em geral” é imprescindível para que se possa desenvolver posteriormente a “hermenêutica constitucional” sem “transgressões metodológicas inoportunas”.<sup>777</sup>

---

<sup>773</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 493 E ainda acrescenta que a decisão equitativa tem “o papel na interpretação” de “repensar de novo a interpretação da lei” e “achar novos pontos de vistas”. *Ibidem*, p. 493. “A aspiração a uma justiça de caso é, assim, um fator legítimo no processo de decisão judicial, conquanto não induza o juiz a manipular a lei de acordo com as suas convicções. (...) as indicações metódicas ajudam pouco aqui, em caso de conflito (...) da fidelidade à lei, que lhe é preceituada e a justiça do caso, por ele buscada, o juiz só em último termo pode decidir segundo sua própria consciência”. *Ibidem*, p. 494. Na realidade, os Ministros do STF elaboraram uma normativa, segundo suas consciências, mas não asseguraram a justiça.

<sup>774</sup> *Ibidem*, p. 494.

<sup>775</sup> Entretanto, o autor ressalta que “não é toda modificação que provoca alteração do conteúdo da norma, mas quando ocorre, pode impelir a uma solução – por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do direito”. *Ibidem*, p. 495. Com isto, poder-se-ia aduzir que a SV n.13 reviu a noção de nepotismo e a sua consequente vedação disposta pela legislação anterior, devido ao tempo.

<sup>776</sup> *Ibidem*, p. 424.

<sup>777</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35. Nesse enredo expõe sobre a hermenêutica jurídica e como deveria ser a sua aplicação no âmbito judicial – como os magistrados deveriam decidir.

E ensina que o processo interpretativo, observado como procedimento de resposta a um problema, “é único e idêntico em seus elementos fundamentais”,<sup>778</sup> embora seja diverso quanto às suas variadas formas de aplicação e que a Constituição e a lei embora sejam “objetos culturais materialmente idênticas” divergem quanto aos “aspectos externos”.<sup>779</sup>

Nesse diapasão, assevera o professor que “a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual” e que ao extrair o sentido do enunciado normativo, possibilita sua aplicação às situações fáticas concretas, pois retira o sentido do texto e diminui a extensão que há entre a “generalidade da norma e a singularidade do caso concreto.”<sup>780</sup>

E, então, constata que por meio da concretização, ocorrida com a aplicação do texto jurídico ao caso concreto “é que se revela (...) o conteúdo significativo da norma” e que esse processo, “nunca apresenta um termo final, ou seja, é uma atividade infinita”.<sup>781</sup>

Diante disto, Inocêncio Coelho ressalta que no âmbito do judiciário “as exigências sociais são absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito” por “novas leituras dos mesmos enunciados normativos” e que essas podem ser “tão inovadoras, que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos”.<sup>782</sup>

E nota que, “quando os juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo” produzem “novos enunciados” e funcionam “como instâncias heterônomas de criação abreviada do direito,”<sup>783</sup> não apenas porque os fatos que exercem influência sobre os modelos jurídicos alterando o sentido da norma, mas também porque constituem “o significado das regras de direito”, sendo a adaptação das normas a eles “requisito *sine qua non* da própria efetividade do direito, que só funciona na medida em que se mantém sintonizado com a realidade social, da qual emerge e sobre a qual atua.”<sup>784</sup>

---

<sup>778</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>779</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>780</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>781</sup> *Ibidem*, p. 37: “...infinita pela razão de que uma interpretação que parecia adequada pode ser demonstrada incorreta e porque sempre são possíveis novas e melhores interpretações, possíveis porque, a cada vez, conforme a época histórica em que vive o intérprete e com base no que ele sabe, não se excluem interpretações que, precisamente, para aquela época e para o que na época se sabe, são melhores ou mais adequadas do que outras”. Giovanni Reale & Dario Antiseri (1991: v. III, p. 630) *apud* Inocêncio Mártires Coelho, p. 37.

<sup>782</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>783</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. cit.*, p. 39. Nesse enredo, o autor explica que à “luz da experiência jurídica, verificamos que isso ocorre em razão das mudanças que se operam, continuamente, no prisma histórico-social de aplicação do direito, exigindo soluções novas e imediatas”. *Idem*, p. 39.

<sup>784</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 41.



Daí afirma o doutrinador que o magistrado, ao “ajustar normas e fatos”, realiza uma atividade que une “a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos” e que dessa forma exerce “o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto” e cria “a norma de decisão concreta ou a norma do caso (...) decidindo em vistas das particularidades da situação posta a seu julgamento”, realizando, enquanto intérprete-aplicador do direito, um processo - imprescindível à compreensão do “modelos jurídicos que deve aplicar”<sup>785</sup> - de refazimento do “caminho do legislador” a partir do questionamento do texto quanto aos problemas sociais que ensejaram determinada resposta normativa”.<sup>786</sup>

Por isto, o autor elucida que o magistrado-intérprete deve, a fim de compreender o significado do texto, além de atentar para o passado, observar “a si mesmo” e a “concreta situação hermenêutica em que se encontra”, pois é o intérprete que concretiza a norma jurídica e o faz no presente em que vive.<sup>787</sup>

Desta feita, arremata que a “aplicação de qualquer norma jurídica” visa solucionar as intempéries do momento, em conformidade com os valores do tempo do intérprete, e por decisão deste, como autoridade legitimada a “criar modelos jurídicos e dotá-los de eficácia” e, ainda, que o magistrado-intérprete deve, com o fito de “reconhecer o significado jurídico da lei”, realizar a adequação da lei às necessidades reais, a fim de solucionar, de forma prática, a demanda a ele apresentada.<sup>788</sup>

Assim, Inocêncio Mártires dispõe que isso representa o “significado exemplar ou paradigmático da hermenêutica jurídica”, pois a partir daí se integram “os horizontes significativos do texto normativo e o de seu aplicador”, já que possibilita que o intérprete aplicador expanda seu “horizonte” ao “fundi-lo com o horizonte do texto”.<sup>789</sup>

---

<sup>785</sup> *Ibidem*, p. 43-44. E ressalta que segundo Gadamer “compreender é sempre aplicar”, que “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação” e que a “aplicação não é uma etapa derradeira e eventual do fenômeno de compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto” *Ibidem*, p. 44.

<sup>786</sup> *Ibidem*, p. 44. O autor lembra, a partir de Larenz, que para se questionar o texto deve se saber sobre o que “ele trata”, pois ele “só responde a quem o interroga corretamente”. Larenz (1989, p. 337) apud Inocêncio (1997: p. 44) E ainda conclui que por isto “parece lícito considerar que uma pergunta bem feita já representa mais de meio caminho para se chegar à resposta”. *Ibidem*, p. 44.

<sup>787</sup> *Ibidem*, p. 46. Nesse contexto, o autor ainda cita Richard Palmer que afirma “(...) tanto ao transmitir um juízo, como ao pregar um sermão, a interpretação deve incluir não só a interpretação do que o texto representava no seu próprio mundo, na circunstância em que produziu, como também aquilo que significa no momento atual, porque em todo o ato de compreensão se dá uma aplicação ao presente.” *Ibidem*, p. 46.

<sup>788</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>789</sup> *Ibidem*, p. 47.

Nesse ensejo, afirma que interpretar é essencial ao magistrado, intérprete - aplicador do direito, pois possibilita a ele que amplie e aprimore sua visão e sua persuasão por meio de novos elementos analíticos.<sup>790</sup>

Contudo, o autor lembra que se por um lado, tal atividade abre o “campo visual” do magistrado-intérprete, por outro, remonta à necessidade de o aplicador do direito “prestar contas do seu trabalho interpretativo”, para que este se demonstre legítimo, “há de ser racional, objetivo e controlável, pois não se coaduna com a ideia de Estado de Direito a figura de um oráculo despótico ou iluminado, que se ponha acima da lei e dos critérios usuais de interpretação”. Sendo, portanto, imprescindível aplicar critérios em “todo o itinerário hermenêutico, onde as regras de interpretação” demonstram os “passos do processo do pensamento”, essenciais a evidenciar “a racionalidade do seu desenvolvimento”.<sup>791</sup>

Dá assevera que, “só é possível uma hermenêutica jurídica onde a lei vincule, por igual, a todos os membros da comunidade jurídica, tanto os governantes quanto os governados, tanto os legisladores quanto os juízes” e que este processo transparece o raciocínio desenvolvido e possibilita num “imperativo ético-político”, o convencimento daqueles a quem “as decisões dos agentes públicos” se destinam.<sup>792</sup>

Ainda, elucida que são obrigatórias a publicidade e a motivação das decisões dos magistrados, pois traduzem a validade ou não do próprio ato decisório, bem como a sua compatibilidade ou não com “a ideia do direito, enquanto instrumento de ordenação justa e racional da convivência humana” sendo a motivação da decisão, não apenas o elemento assecuratório da racionalidade da decisão, como também da própria decisão, pois é “condição de legitimidade e de eficácia do seu labor hermenêutico, cujo resultado só se tornará coletivamente vinculante se obtiver o consenso social, que no caso funcionará, senão como prova, pelo menos como sintoma de racionalidade”.<sup>793</sup>

E que esse consenso deve ser de todos aqueles que “possam ser afetados pela decisão”, por meio de um procedimento em que “participem como livres e iguais, da busca cooperativa da verdade”, na qual “a única forma de coerção que se pode exercer é a coerção das coerções que exercem os bons argumentos,” pois “o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo, de segurança jurídica, aponta para o

---

<sup>790</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47.

<sup>791</sup> *Ibidem*, p. 47-48.

<sup>792</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>793</sup> *Ibidem*, p. 49. O autor assevera na p. 26 da edição de sua obra em 2011 que considera válido: “(...) utilizar como parâmetros de controle e legitimação da atividade hermenêutica a *consciência jurídica geral* e o *devido processo legal*” uma vez que ambos “têm-se mostrado pelo menos razoáveis, na medida em que impedem os voluntarismos, mas não inibem a necessária criatividade dos intérpretes e aplicadores do direito”.

imperativo” de se evitar, ao máximo, “o momento puramente subjetivo da interpretação” e, com isto, diminuir o “resíduo incômodo de voluntarismo, que se faz presente, inevitavelmente, em todo trabalho hermenêutico”.<sup>794</sup>

Assim, Inocêncio Mártires, elucida que as decisões judiciais - para serem “modelos jurisdicionais por excelência” devem estar “revestida de legitimidade e eficácia”<sup>795</sup> e que o exercício da hermenêutica jurídica é delimitado por quatro condições gerais, destacando dentre elas, “o caráter linguístico” - que é comum a qualquer interpretação”,<sup>796</sup> “o caráter necessário da atividade interpretativa”, que desmistifica a existência de legislação cujo dispositivo não suscita quaisquer “dúvidas, obscuridades ou contradições”, o fato de que a atividade interpretativa é “contextualizada”, o que impede que o intérprete atribua significação arbitrária aos enunciados legais - proibido dizer além da redação do texto legal - esse é o limite da interpretação<sup>797</sup> e, por fim, o “caráter unitário” do seu procedimento, que resulta em uma “unidade de compreensão”, onde se integram todos “instrumentos hermenêuticos”.<sup>798</sup>

E, então, o autor constata que a interpretação das normas jurídicas é vista atualmente como “um conjunto de métodos desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência, com base em critérios ou premissas diferentes, mas reciprocamente complementares”,<sup>799</sup> o que faz inexistir qualquer hierarquia entre tais critérios e, assim, garante, por um lado, maior “liberdade ao juiz”<sup>800</sup> e, por outro, demonstra a inocorrência de qualquer competição entre os “chamados métodos de interpretação do direito”.<sup>801</sup>

---

<sup>794</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 49-50. Entretanto, informa que o ponto de vista subjetivo ocorre não de cada um, mas do ponto de vista comum – denominador comum dos intérpretes - dito “intersubjetivo transcendental”, pelo qual “poderão chegar a resultados semelhantes” que edificam o “entendimento objetivo” da decisão. *Ibidem*, 50-51. Isso foi observado nos precedentes da S.V. n.13 apenas quanto à vedação do nepotismo pela autoaplicação dos princípios dispostos no caput do artigo 37 da CF/88.

<sup>795</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>796</sup> *Ibidem*, p. 54. Descortina a prescindibilidade da disputa entre aqueles que entendem que a finalidade da interpretação é decifrar “por trás” da norma jurídica “a vontade do legislador” e os que compreendem que é se “curvar às palavras e à vontade da lei”; demonstrando que o verdadeiro “objeto de interpretação” não é a questão volitiva, seja do legislador ou da lei, mas a maneira como foi expressada, por meio do “feito ou falado”.

<sup>797</sup> *Ibidem*, p. 55. Por isso se constata a necessidade de se interpretar o significado das palavras do dispositivo legal não apenas literalmente, mas de forma contextualizada, respeitando a “autonomia do texto” - “condição de objetividade da interpretação”. p. 56

<sup>798</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>799</sup> *Ibidem*, p. 61-62. O que faz lembrar, como afirmado pelo próprio autor, que Savigny já elucidava que os elementos “gramatical, lógico, histórico e sistemático” são “quatro operações” que se integram na atividade interpretativa, que sem a unificação deles, não obtêm êxito. p. 62

<sup>800</sup> *Ibidem*, p. 62. “Não existe uma relação hierárquica fixa entre os diversos critérios de interpretação, essa pluralidade de métodos torna-se um ‘veículo de liberdade do juiz’ (Martin Kriele) até certo ponto, acaba podendo escolher o método em função do objeto e mesmo do resultado que ele, estimando correto e justo, pretende alcançar em cada caso.” *Idem*, p. 62.

<sup>801</sup> *Ibidem*, p. 63. “À vista dessa interdependência dos procedimentos interpretativos – que se entrelaçam sob a ideia de que a decisão do caso concreto, para se qualificar como jurídica (...) os chamados ‘métodos’ de interpretação do direito, (...) devem ser utilizados em conjunto e complementarmente, para que o resultado afinal obtido possa refletir

Porém, afirma que isto não quer dizer que o intérprete, por intermédio de “resultados preconcebidos” possa “afeiçoar a norma com uma pseudo argumentação” e, assim, realizar uma interpretação discricionária, dando uma significação diversa da delimitada pelo enunciado legal, e, ainda, legitimar tais resultados, pois tal ato não só desqualificaria a análise do resultado como “instrumento de controle da interpretação”, como infringiria a lei, pois sua liberdade é “objetivamente vinculada”, devendo sua decisão ser “correta e justa”, para ser considerada jurídica.<sup>802</sup>

### **3.2 Hermenêutica Constitucional: o poder normativo e a interpretação dos princípios e postulados constitucionais.**

Nesse item se trata da interpretação dos postulados e princípios constitucionais no âmbito da Hermenêutica Constitucional e também do poder normativo que tal atividade interpretativa pode suscitar ao Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional.

Partindo das lições de Gadamer, deve-se atentar que: a hermenêutica constitucional transformou-se na teoria do conhecimento jurídico” ou “no conhecimento do conhecimento do direito”, pois ela tem a tarefa “de interpretar as diferentes interpretações do fenômeno jurídico, a partir da análise crítica das múltiplas leituras da lei fundamental e dos vários mundos constitucionais que podem emergir dessas leituras”.<sup>803</sup>

Do que se passa à apreciação e constatação de que, se a questão hermenêutica é melindrosa no âmbito da aplicação judicial de forma ampla, o é ainda mais quando aposta estritamente pelo Supremo Tribunal Federal.

#### *3.2.1 Inocência Mártires Coelho*

Na hermenêutica aplicada no âmbito da jurisdição constitucional é ainda mais intrigante o fato de que a “criatividade” exercida pelos ministros, “a rigor, não conhece limites”, não apenas porque a própria corte constitucional está “fora e acima” da tripartição dos poderes, como também porque os “enunciados constitucionais” são “abertos, indeterminados e polissêmicos”, fazendo com que o tribunal constitucional, “intérprete final da Constituição e juiz último de sua própria autoridade”, seja “variante do poder legislativo”.<sup>804</sup>

---

toda a complexidade dos afazeres hermenêuticos como atividade na qual se fundem, necessariamente, a compreensão, a interpretação e a aplicação de modelos jurídicos”. *Ibidem*, p. 63.

<sup>802</sup> COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 62-63.

<sup>803</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. I, p. 396/414.

<sup>804</sup> COELHO, *Op. cit.*, p. 38.

Nesse ínterim, o autor afirma que a hermenêutica constitucional é diversa da legal, vez que a Constituição, devido à sua “natureza, estrutura e finalidade” apresentar-se “como um sistema *aberto* de regras e princípios que necessitam da mediação de legisladores e juízes para lograrem efetividade”<sup>805</sup> e sua respectiva hermenêutica visa obstar os “procedimentos que ultrapassam os limites da interpretação e produzem resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da lei fundamental”<sup>806</sup>.

Assim, no âmbito da interpretação constitucional as normas positivadas, além de não traduzirem “decisões inequívocas do legislador”, também não exprimem uma “suposta ou imaginária vontade da própria Constituição”, limitando-se, na maioria das vezes, a proclamar princípios ou a apontar os objetivos, sendo nela que “mais se manifesta a criatividade dos aplicadores do direito”. Mas que isso não significa que - no “domínio hermenêutico”<sup>807</sup> - admitir “alterações no âmbito ou na esfera da norma” traduz rupturas ou revisões apócrifas a ensejar “uma realidade ,inconstitucional manifestamente inoportável no programa da norma constitucional”,<sup>808</sup> pois, se por um lado, as “viragens da jurisprudência” evidenciam que houve alteração no significado que se dispunha a algum texto legal; por outro, devem estar expressamente fundamentadas nos motivos que as balizaram e que tenham calçado o afastamento do intérprete de um critério normalmente utilizado.<sup>809</sup>

E, dessa forma, o doutrinador alega parecer que “em decorrência do modo como se altera a realidade social, a escolha do caso ou do momento em que se deve atribuir um novo significado a determinado texto de lei é, até certo ponto, uma decisão discricionária dos aplicadores do direito”<sup>810</sup> e nesse enredo, passa a elucidar sobre a “interpretação constitucional e a criação judicial do direito”, asseverando que a corrente interpretativista considera “incompatível com o princípio democrático qualquer criatividade judicial” que proporcione “interpretação dos enunciados normativos” além do “significado linguisticamente possível” da lei e, assim, imprima aos juízes “uma

---

<sup>805</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26.

<sup>806</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>807</sup> *Ibidem*, p. 54-55.

<sup>808</sup> *Ibidem*, p. 40. Na mesma linha de Gomes Canotilho.

<sup>809</sup> *Ibidem*, p. 60. Nesse ínterim, o autor cita Robert Alexy: “Quem resolve desprezar um precedente, assume o ônus da argumentação, pois não parece sensato renunciar sem justificação ao que até então vinha sendo adotado como prevalecente.” p. 60 Nesse diapasão, cumpre afirmar que, os ministros do STF inovaram jurisprudência nos precedentes da Súmula, especialmente no terceiro e quarto, quanto a entendimento referentes às disposições legais e constitucionais, mas não fundamentaram criteriosamente nenhuma destas inovações.

<sup>810</sup> *Ibidem*, p. 60.

legitimidade que é privativa dos titulares dos mandatos políticos”<sup>811</sup> e que a corrente não-interpretativista defende que é fidedigno, por meio de valões como justiça, igualdade e liberdade, se conceber aos magistrados-aplicadores do direito, uma “competência interpretativa em sentido forte”, especialmente porque a Constituição é formada de “princípios jurídicos abertos indeterminados”<sup>812</sup>

Daí conclui que a corrente não-interpretativa, como “pano de fundo”, substanciou “ensaios rumo à autonomia e à especificidade da interpretação constitucional” que exige do intérprete “situar-se em perspectiva metodologicamente adequada ao objeto do seu afazer hermenêutico”.<sup>813</sup>

Nesse diapasão, Inocêncio Mártires afiança que a Constituição “determina a escolha do método adequado a seu conhecimento” e, em poder do intérprete, cria os “objetos hermenêuticos, num processo aberto e infinito”, mas que sua “consistência deve ser controlada, por meio da verificação de seus “resultados”, a partir de um “critério de verdade baseado na justiça da decisão, em cada caso concreto”, não podendo, as decisões dos intérpretes constitucionais, ser arbitrárias, pois mesmo havendo o resquício “incômodo” do “voluntarismo”, deve-se controlar o próprio critério que foi utilizado no “procedimento legitimador”, do “ponto de vista formal”, por meio da “exigência do devido processo legal” e do “ponto de vista substancial”, pela “consciência jurídica geral” - que é formada por critérios traduzidos pelos princípios jurídicos, “pelos valores éticos reconhecidos na comunidade jurídica”, pela “natureza das coisas” e pela “consciência axiológica da comunidade jurídica”<sup>814</sup> - e não apenas pela individual do juiz.

Nesse enredo o doutrinador explicita que “a peculiaridade da estrutura normativo-material da parte dogmática” da Constituição - que “justifica a existência de uma interpretação especificamente constitucional” - decorre do fato de que, “as normas constitucionais não contêm uma previsão por elementos, limitando-se a enunciar princípios ou critérios gerais de valoração, que (...) só se tornam operantes depois de densificados e concretizados pelo intérprete aplicador” e que por isso sua interpretação

---

<sup>811</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 67 - 68. Segundo o autor, os adeptos desta corrente explicam que interpretar não é criar, mas aplicar e que desequilibraria a “balança” se aos juízes fosse delegada a competência de criar normas jurídicas por meio da interpretação, sendo imprescindível rechaçar “qualquer espécie de ativismo judicial, porque incompatível com a ordem jurídico-política plasmada na Constituição”. p. 68

<sup>812</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>813</sup> *Ibidem*, p. 73

<sup>814</sup> *Ibidem*, p. 76.

é específica - realizada a partir do estudo da “estrutura normativo-material”<sup>815</sup> dos princípios <sup>816</sup>, que são “mandamentos de otimização”, de “importante dimensão institucional”, que atuam como “fatores de criação e manutenção de unidade política,” pois “graças à amplitude e indeterminação dos seus enunciados” <sup>817</sup>, ensejam variadas leituras, devendo ser aplicados em “diferentes graus de efetivação”<sup>818</sup>.

Daí se extrai que a interpretação constitucional é específica e autônoma “enquanto atividade hermenêutica que opera com princípios, isto é, com preceitos cuja estrutura normativo-material é aberta e indeterminada, e por isto geradora de significados múltiplos”<sup>819</sup> e que existem critérios e métodos que induzem aspectos “emancipadores”<sup>820</sup> a ela.

Por isto, afirma que a “interpretação constitucional é um conjunto de métodos” embasados em “critérios ou premissas” complementares, que demonstram o “caráter unitário das atividades interpretativas” que deve ser realizada a partir das “regras tradicionais da hermenêutica”.<sup>821</sup>

Nesse ensejo o autor ensina que, a uma, o critério tópico-problemático se volta ao “caráter prático da interpretação” e privilegia a interpretação a partir de um “processo aberto de argumentação”; a duas, que o hermenêutico concretizador enseja a interpretação a partir da “pré-compreensão” que o intérprete tem do texto (a quem cabe “concretizar a norma”); a três, que o método que destaca a atividade criativa de quem interpreta a Constituição, pois enseja a relação entre o texto e o contexto e transforma “o ato interpretativo em movimento de ir e vir, o chamado círculo hermenêutico”; a quatro, que o científico-espiritual, cujo objetos são os “valores subjacentes à Constituição”, traduz sentido e realidade face à “integração comunitária” e; que, por fim, a cinco, o normativo estruturante, permite ao intérprete-aplicador - ao concretizar a norma constitucional - realizar a conexão entre a norma e a “situação normada”, conformando o texto e a realidade.<sup>822</sup>

---

<sup>815</sup>COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 77-78.

<sup>816</sup> *Ibidem*, p. 83. Nesse diapasão destaca que “a atribuição de maior importância a um determinado princípio não invalida, nem sequer desqualifica a pauta que deixou de ser aplicada, porque a sua preterição terá decorrido, exclusivamente, da análise das circunstâncias do caso” e que eles não apresentam tensão entre si, mas que se isso ocorrer ao serem aplicados, caberá ao intérprete realizar um “método de ponderação” entre eles, que pode ser diversa em cada um dos casos, a fim de solucionar a questão posta. *Ibidem*, p. 84.

<sup>817</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>818</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>819</sup> *Ibidem*, p. 85

<sup>820</sup> *Ibidem*, p. 87

<sup>821</sup> A fim de revelar elementos como lógico, histórico, teleológico. *Ibidem*, p. 89

<sup>822</sup> *Ibidem*, p. 89-90.

Elucida, ainda, que os “princípios de interpretação constitucional”,<sup>823</sup> devem ser aplicados pelo intérprete conjuntamente, quais sejam: da unidade constitucional, que ensina que as normas constitucionais são “preceitos desconexos num sistema interno unitário de regras e princípios”; de efeito integrador, que dispõe que se deve preferir os critérios que garantam a “integração política e social”; da máxima efetividade, que orienta a se dar o sentido que assegura “maior eficácia ou efetividade” à norma; da concordância prática ou da harmonização, que se volta a garantir a afirmação de um bem jurídico, sem o “sacrifício do outro”; da força normativa da constituição, que direciona o intérprete a “dar primazia às soluções” que densificam as normas constitucionais, tornando-as permanentes e, enfim, o princípio da interpretação conforme a Constituição, que assegura que se dê às normas infraconstitucionais um “sentido compatível e não conflitante com a Constituição”<sup>824</sup>.

Por fim, Inocêncio Mártires conclui que o intérprete-constitucional, como último aplicador, é o verdadeiro legislador, pois a interpreta em caráter definitivo,<sup>825</sup> tendo, portanto, a palavra final sobre aquilo que é ou não compatível com a Constituição,<sup>826</sup> que deve ser dada por intermédio de uma “*hermenêutica de princípios*” que substitui a “retrospectiva de interpretação pela prospectiva de concretização”.<sup>827</sup>

### 3.2.2 Considerações a partir de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Dworkin volta-se à análise da decisão judicial na prática, à maneira com que os magistrados interpretam e decidem os casos concretos e entende que o direito depende “de convenções sociais distintas”, designadas de “convenções jurídicas”, sobre as quais instituições deveriam ter o poder de elaborar as leis.”<sup>828</sup>

Nesse contexto, explica que os casos denominados *hard cases*<sup>829</sup> não são solucionados via convenção jurídica (lei, precedentes, etc.), seja porque quanto a eles não há convenção estabelecida; ou porque não há consenso quanto a qual convenção é

<sup>823</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 90.

<sup>824</sup> *Ibidem*, p. 91-92. Diante disto, conclui que da “interação dialética entre pauta e realidade (...) decorrem a abertura e a infinitude do processo interpretativo ou da espiral hermenêutica”. *Ibidem*, p. 92.

<sup>825</sup> Embora suscite variadas “controvérsias doutrinárias”, quanto ao “caráter acentuadamente ‘político’” e, ainda, “até certo ponto ‘arbitrário’”, da interpretação/aplicação da Carta Magna, pelas “cortes constitucionais”. *Ibidem*, p. 27.

<sup>826</sup> Prerrogativa tão extraordinária esta, que enseja reflexão quanto ao modelo brasileiro de jurisdição constitucional. *Ibidem*, p. 57.

<sup>827</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>828</sup> Segundo o autor, o convencionalismo “explica de que maneira o conteúdo das decisões políticas do passado pode tornar-se explícito e incontestável”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141-142.

<sup>829</sup> O autor elucida que são aqueles casos que não podem ser submetidos a regras de direito claras, estabelecidas de antemão por alguma instituição. *Ibidem*, p. 127.



viável para se realizar a interpretação e a aplicação do direito<sup>830</sup> e que, por isso, a decisão do juiz nos casos difíceis não é discricionária.<sup>831</sup>

Ao repelir o pragmatismo,<sup>832</sup> propõe uma teoria que resulte na reconstrução racional do direito, a partir de uma concepção principiológica da comunidade política, pois se por um lado, “a comunidade política está fundada nos princípios de convivência em comum”, por outro, o Direito se faz a partir da “reconstrução interpretativa das fontes normativas à luz de tais princípios.”<sup>833</sup>

Daí assevera que só existe uma sociedade política a partir de certos princípios, que são vetores da política e do Direito<sup>834</sup> e que da estrutura da convivência política resulta a integridade, que constitui, mantem e legitima não só o Estado, mas o Direito e a Constituição.<sup>835</sup>

E, então sendo o Direito mais que sistema de regras estritas, pois também de princípios, que por sua vez provêm da comunidade política,<sup>836</sup> afirma que ele é modificado, desenvolvido e interpretado de forma global e fundado em princípios<sup>837</sup> e, ainda, que cabe ao seu operador descobrir, dentre as fontes normativas, as regentes dos casos postos, bem como a estrutura em que as regras e princípios são conjugados, com o fim de realizar a justiça no caso.<sup>838</sup>

Nesse enredo, afirma que o princípio de integridade induz que, “os responsáveis por decidir o que é a lei, a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido” e que para que o juiz exerça seu papel com integridade e coerência é imprescindível que ele analise o Direito “como um todo”,<sup>839</sup> orientados no sistema jurídico pelas regras, pelos princípios e pelas denominadas *policies*.<sup>840</sup>

E dispõe que o princípio “enuncia razão que conduz o argumento em uma certa direção.”<sup>841</sup>

---

<sup>830</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 148-149, 153 e 165.

<sup>831</sup> *Ibidem*, p. 143. O autor explica que como a “extensão explícita” dessas convenções “não contém absolutamente nada de denso”, que de acordo com o convencionalismo, os juízes podem utilizar de discricionariedade ao analisarem os casos difíceis, sendo, “liberados da legislação e do precedente”. *Ibidem*, p. 158.

<sup>832</sup> Que “justifica a coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes”. *Ibidem*, p. 185.

<sup>833</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>834</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>835</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>836</sup> *Ibidem*, p. 256-257.

<sup>837</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>838</sup> *Ibidem*, p. 259-260.

<sup>839</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>840</sup> *Ibidem*, p. 35-38. De acordo com o autor, as *policies* são definidas “[...] como um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado. p. 36

<sup>841</sup> *Ibidem*, p. 41. Conforme Dworkin, se um princípio for relevante, “deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, com (se fosse) uma razão que inclina numa ou noutra direção”. p. 41 E quando há uma tensão entre dois princípios, há a mensuração de sua importância, de seu peso no caso concreto, de sua dimensão quanto ao caso

Assim, Dworkin compara o magistrado com a figura do Hércules<sup>842</sup> e propõe a teoria da decisão judicial de Hércules, em que o juiz não escolhe “entre suas convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade”, mas aplica “uma concepção particular de comunidade comunitária como um fator decisivo para os problemas jurídicos” de maneira que, o princípio da moralidade comunitária seria “a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem”<sup>843</sup> e do qual advêm os princípios jurídicos, que orientam o magistrado a tomar a única decisão correta ou oferecer o melhor julgamento, superando desta forma qualquer discricionariedade nos chamados *hard cases*.<sup>844</sup>

Já para Robert Alexy, que também se debruça quanto à distinção entre regras e princípios, elucida que os “*princípios* são normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, “mandamentos de otimização caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.<sup>845</sup>

Nesse enredo, realiza a distinção entre a aplicação da regra e do princípio em caso de possível coalisão<sup>846</sup> e informa que no caso dos princípios há uma análise de precedência, que não importa em validade,<sup>847</sup> porque os princípios “não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*”.<sup>848</sup>

---

concreto. *Ibidem*, p. 43. Nos termos de Inocêncio Mártires Coelho, de acordo com o critério de Dworkin, a diversidade entre regras e princípios advém do modo de aplicação de cada um, uma vez que, enquanto as regras, “determinam consequências precisas e reciprocamente excludentes” os princípios “enunciam motivos para decidir num certo sentido” e não causam, como pode ocorrer com as regras, conflito ou colisão, pelo contrário “eles admitem convivência e conciliação” entre si, em um “complexo sistema de freios e contrapesos” em que atuam como “fatores de criação e manutenção” de “pactos de convivência”. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 79 a 82.

<sup>842</sup> Herói grego, filho de Zeus.

<sup>843</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 197.

<sup>844</sup> *Ibidem*, p. 429.

<sup>845</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91. E as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, caso uma tenha validade se deve fazer “aquilo que ela exige”, sendo a distinção entre ambos “qualitativa” e não “de grau”. *Ibidem*, p.91.

<sup>846</sup> No caso das regras há a solução a partir da validade de uma diante do caso concreto. Segundo Alexy, no caso de colisão entre os princípios, diferentemente do critério adotado para as regras, não a apreciação da validade ou invalidade, mas em verificar qual princípio tem maior peso na situação concreta, o que não quer dizer que o princípio que não aplicado naquele caso seja inválido. (...)Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”. *Ibidem*, p. 93-94.

<sup>847</sup> Diferentemente de Dworkin, assevera que o aplicador - intérprete do direito - ao se encontrar diante de uma tensão entre os princípios deve fazer um sopesamento entre eles e escolher aquele que seja mais adequado como mandamento de *otimização* da justiça.

<sup>848</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104. Diferentemente das regras, que dispõem de “uma determinação da extensão de seu conteúdo”. p. 104.

### 3.2.3 Marcelo Neves

Marcelo Neves, diferente dos demais, propõe um modelo a partir de uma metáfora mitológica, onde as regras são o Hércules e os princípios a Hidra e que devem ser analisados no Estado Constitucional por um magistrado - designado Iolau, que seja capaz de “desparadoxizar o enlace circular entre princípios e regras nos diversos casos constitucionais de maior complexidade”, quer dizer, que nem seja hercúleo, preso às regras e nem hidraforme, totalmente subordinado aos princípios.<sup>849</sup>

Assim, o juiz Iolau seria o magistrado que “não isola o direito do seu contexto social” e que “percebe o limite de suas regras para solucionar controvérsias jurídicas complexas” e que procura “outros caminhos, além do formalismo das regras e do substancialismo dos princípios e da ponderação entre eles”.<sup>850</sup>

Daí aduz que “a relação paradoxal entre princípios e regras está associada intimamente ao paradoxo da justiça como uma ‘fórmula de contingência’ que motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico e que como a justiça tem duas dimensões: uma interna, pertinente “à tomada de decisão juridicamente consistente” e, outra externa, referente à decisão “adequadamente complexa à sociedade”, ela tem que apresentar “consistência constitucional” a demonstrar “a racionalidade do direito” e a “adequação social do direito” para que seja feita com racionalidade jurídica.<sup>851</sup>

Desta forma, o autor constata que a “adequação social do direito, constitucionalmente amparada” deve legitimar os “procedimentos constitucionalmente estabelecidos”, mas que como a “relação entre a justiça interna e externa é paradoxal”, não há como imaginar “o equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito, a saber, entre justiça constitucional interna e externa”, pois mesmo que a “justiça do sistema jurídico como fórmula de contingência importe sempre uma orientação motivadora de comportamentos e expectativas que buscam esse equilíbrio”, este “sempre é imperfeito e se define em cada caso concreto”.<sup>852</sup>

E então conclui que, se por um lado, a busca pura da “consistência constitucional” pode gerar a “inadequação social do direito”, por outro, o enfoque na “mera adequação social” pode conduzir a “um realismo juridicamente inconsistente”,<sup>853</sup> o que consequentemente demonstra que o paradoxo nunca será totalmente superado e

---

<sup>849</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 221-222.

<sup>850</sup> *Ibidem*, p. 222-223.

<sup>851</sup> *Ibidem*, p. 223-224.

<sup>852</sup> *Ibidem*, p. 224-225.

<sup>853</sup> Fazendo com que este perca a “capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente.” *Ibidem*, p. 225.

que não pode e não deve sê-lo, pois como é “condição da própria existência do direito”.<sup>854</sup>

Contudo, afirma, diante disso, que cabe ao juiz Iolau confrontar-se com o paradoxo da justiça, buscando superá-lo “em cada caso constitucional controverso”, mas sem a “pretensão hercúlea de eliminá-lo definitivamente” e que deve fazê-lo conjugando em sua decisão, tanto a análise das regras constitucionais; quanto dos princípios pertinentes a interesses e variáveis sociais, mesmo sabendo que “esse equilíbrio é sempre instável”, pois seu objetivo é estabelecer “critérios definitórios” que minimizem o “valor surpresa” das decisões do porvir.<sup>855</sup>

Para Marcelo Neves, o juiz Iolau trataria “os princípios e as regras constitucionais como ‘fórmula de transcendência’ da sociedade” desenvolvendo um papel de “observador da sociedade como um todo” com o fito de resolver as demandas, afastando tanto a “absolutização” das regras e dos princípios, de forma que, o que vai dizer ou definir se um enunciado será regra ou princípio é a segurança jurídica e a leitura do intérprete que utiliza o princípio e formula a regra de decisão.<sup>856</sup>

Por fim, Marcelo Neves observa que a relação paradoxal existente entre princípios e regras está realmente associada ao paradoxo da justiça como uma ‘fórmula de contingência’ à medida que motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico, mas que como não há ainda uma jurisprudência sedimentada que seja capaz de construir precedentes orientadores de julgamentos do porvir e o fundamento das decisões podem ser deficientes quanto ao quesito clareza - o que faz com que os julgadores cheguem aos mesmos resultados, por meio de argumentos diferentes<sup>857</sup> - pode-se ter um julgamento final inconsistente, à medida que, mesmo com a maioria ou a unanimidade decidindo no sentido da parte dispositiva, os argumentos sejam incompatíveis entre si<sup>858</sup>.

### 3.2.4 Humberto Ávila

Humberto Ávila apresenta uma tese diferenciada, vez que critica a distinção realizada entre princípios e regras ao afirmar que normas são princípios ou regras, mas que o que interessa observar é que por um lado, os princípios explicitam valores e “indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos” e, por outro, as regras explicitam condutas em que o comportamento preliminarmente previsto dependa

---

<sup>854</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 226.

<sup>855</sup> *Ibidem*, p. 226-227.

<sup>856</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>857</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>858</sup> *Ibidem*, p. 201-202.

do preenchimento de algumas considerações, mas também pode ser objeto de ponderação”.<sup>859</sup>

Assim, ao propor ultrapassar tanto a exaltação dos valores por meio dos princípios, quanto a aplicação automática das regras, dispõe sobre uma teoria que analise as espécies normativas, mas por meio da “ponderação estruturada no processo de aplicação” e da utilização de “critérios materiais de justiça na argumentação”, viabilizando uma “reconstrução analítica do uso concreto dos postulados normativos, especialmente da razoabilidade e da proporcionalidade”, sem obstar o “controle intersubjetivo” da argumentação, necessário a evitar o decisionismo judicial.<sup>860</sup>

Nesse enredo, alega que um dispositivo não é princípio ou regra, e que “*normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”<sup>861</sup> e que a interpretação é um “ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”, de forma que “o intérprete, tão somente “constrói versões de significados–sentidos”,<sup>862</sup> mas que isto não quer dizer que não há significado anterior ao processo de interpretação”.<sup>863</sup>

Assim, segundo o autor, o intérprete “constrói e reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso” e nesse ensejo afirma que o Judiciário constrói significados, mas que deve fazê-lo dentro de certos limites existentes, os quais caso sejam inobservados, redundarão em um “descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado” e, ainda ressalta que o STF vem ultrapassando tais limites e que devido a isto, hodiernamente está a sofrer diversas críticas.<sup>864</sup>

Também afirma que não é porque as normas são construídas pelo intérprete, a partir dos dispositivos, que o intérprete tem liberdade para realizar as conjunções que quiser entre “normas e fins a cuja realização elas servem”, pois o ordenamento jurídico estabelece os fins e a manutenção dos valores, o que obsta ao intérprete a preterição

---

<sup>859</sup> AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 18.

<sup>860</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>861</sup> *Ibidem*, p. 22. Assim, segundo o autor, nem sempre onde há um dispositivo, há uma norma e vice-versa, de forma que texto e os seus sentidos, são desvinculados. *Ibidem*, 23.

<sup>862</sup> Que se “concretizam no uso ou, como uso”. *Ibidem*, p. 24.

<sup>863</sup> *Ibidem*, p. 25. Pois, de acordo com Humberto Ávila, “[...] há traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem” como o uso “comunitário da linguagem” do qual deriva alguns critérios de “uso da própria linguagem”, como “condições dadas da comunicação. E exemplifica dizendo que termos como “vida”, “morte”, “apresentam significados intersubjetivados, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados”.

<sup>864</sup> *Ibidem*, 25. Pois, “interpretar é construir a partir de algo” – “reconstruir”, seja porque “utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos” ou, porque “manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*” instituídos pelo uso e preexistentes “ao processo interpretativo individual. p. 25

desse “ponto de partida” e que por isto, “o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional”<sup>865</sup>.

Nesse diapasão, reprocha os critérios de distinção entre princípios e regras<sup>866</sup> e afirma que é equívoco entender que as regras devem ser “aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*” e que os princípios “são aplicados de modo gradual *mais ou menos*”,<sup>867</sup> sugerindo, portanto, sua reformulação, vez que “o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação” mas decorre das “conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete”,<sup>868</sup> tendo sentido apenas aplicar o “modo tudo ou nada” à regras “se todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas”<sup>869</sup>.

Além disso, quanto critério do “relacionamento normativo”<sup>870</sup> propõe seu aperfeiçoamento,<sup>871</sup> pois afirma que embora “o tipo de ponderação quanto aos princípios e às regras sejam diversos”, a tarefa de ponderar é uma “qualidade geral de qualquer aplicação de norma”,<sup>872</sup> de forma que ambos se submetem a ela diante do caso concreto, pois se diferenciam apenas quanto à “determinação da prescrição da conduta que resulta de sua interpretação”, devendo se ter em conta o tipo de ponderação que é feito quanto às regras e o modo como elas deverão ser “validamente fundamentadas”.<sup>873</sup>

---

<sup>865</sup> AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 26.

<sup>866</sup> *Ibidem*, p. 26. Quanto ao de “caráter hipotético condicional” - que dispõe que as regras possuem “uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas no modo *se, então*” e “os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto” - afirma que é incorreto asseverar que “os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem consequências normativas, nem hipóteses de incidência”, porque não é que eles não tem “prescrição de comportamentos” ou não resultem em consequências, o que é preciso observar é que possuem um “tipo da prescrição de comportamentos e de consequências”, diverso. p. 30 e 35.

<sup>867</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>868</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>869</sup> *Ibidem*, p. 39. Tal proposição faz-se importante, vez que os Ministros não aplicaram sequer a forma mais moderna de análise da aplicação de princípios e regras ao estabelecerem os limites jurídicos da noção de vedação do nepotismo.

<sup>870</sup> Voltado ao fato de que enquanto a antinomia entre as regras conduz à declaração de invalidade de uma delas ou à criação de uma exceção, a tensão entre os princípios é solucionada a partir da “ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles”. *Ibidem*, p. 31.

<sup>871</sup> Porque as regras gerais e excepcionais e os princípios não se imbricam “quanto à existência de ponderação de razões”, mas divergem quanto “à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação”, pois, enquanto o aplicador detém “menor e diferente âmbito de apreciação” quanto à relação entre as regras gerais e excepcionais, “possui maior espaço de apreciação”. *Ibidem*, p. 47-48.

<sup>872</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>873</sup> Vez que se por um lado os princípios não dispõem “diretamente a conduta a ser seguida”, por outro, as regras preveem “frontalmente” a conduta. *Ibidem*, p. 55.

Nesse enredo também reprocha o critério do “fundamento axiológico”<sup>874</sup> e propõe que o modelo de dualidade entre princípios e regras seja superado, à um “modelo tripartite de dissociação *regras/princípios/postulados*”, que além de desconectar as regras dos princípios<sup>875</sup> acresce “a figura dos postulados”<sup>876</sup> - *instrumentos normativos metódicos* - que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras<sup>877</sup>, e dos princípios<sup>878</sup> não se confundindo com eles.<sup>879</sup>

Dentre tais postulados estão a ponderação, como uma técnica voltada a “atribuir pesos a elementos que se entrelaçam,”<sup>880</sup> como interesses<sup>881</sup> e valores<sup>882</sup> - e intensamente estruturada” a qual tem uma fase de “preparação,”<sup>883</sup> depois uma fase de “realização”<sup>884</sup> e, por último, de “reconstrução”, quando há a “formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objetos de sopesamento”.<sup>885</sup>

Diante disto o autor constata que tanto os princípios constitucionais como as regras de argumentação “podem ser construídas a partir” dos diversos critérios de ponderação<sup>886</sup>.

Outros postulados que destaca são, a uma, o da concordância prática - que possui a finalidade de direcionar a ponderação - e que significa “dever de realização máxima de valores que se imbricam”<sup>887</sup> e a duas, o da proibição do excesso, que estabelece um limite à “promoção das finalidades constitucionalmente postas”, vez que

---

<sup>874</sup> Utilizado apenas quanto aos princípios e não às regras AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 31.

<sup>875</sup> *Ibidem*, p. 62. Tanto “quanto ao dever que instituem”, quanto à “justificação que exigem” e a maneira pela qual “contribuem para solucionar conflitos”.

<sup>876</sup> “Deveres estruturais”. *Idem*, p. 70.

<sup>877</sup> “Normas imediatamente descritivas”. Cuja aplicação demanda “avaliação da correspondência” sempre focada “na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. *Ibidem*, p. 70

<sup>878</sup> “Normas imediatamente finalísticas”. Cuja aplicação depende de uma “avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. Dessa forma se observa que os princípios são normas finalísticas, pois determinam um fim a ser atingido e, todavia sejam conectados aos valores, com eles não se confundem, pois enquanto os princípios especificam “a obrigatoriedade da adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas”, os valores, tão somente conferem uma “qualidade positiva a determinado elemento”. *Idem*, p. 70.

<sup>879</sup> *Ibidem*, p. 62-63.

<sup>880</sup> “Situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos”. *Ibidem*, p. 95.

<sup>881</sup> “São os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter.” *Ibidem*, p. 95.

<sup>882</sup> “Constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado.” *Ibidem*, p. 95.

<sup>883</sup> Quando serão apreciados todos “os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível”. *Ibidem*, p. 95.

<sup>884</sup> Na qual a relação entre os elementos é fundamentada. *Ibidem*, p. 96.

<sup>885</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>886</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>887</sup> E como a ponderação, não indica “os critérios formais ou materiais por meio dos quais deve ser feita a promoção das finalidades entrelaçadas”, vez que é “estruturas exclusivamente formais e despidas de critérios”. *Ibidem*, p. 96.

proíbe “a restrição excessiva de qualquer direito fundamental”<sup>888</sup> por meio de um “método de controle”,<sup>889</sup> que diverge do relativo ao postulado da proporcionalidade.

Também ressalta<sup>890</sup> a igualdade como o postulado que “estrutura a aplicação do Direito em função de elementos e da relação entre eles”<sup>891</sup> e enseja distinção relevante no sentido material, quando as pessoas “passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve”,<sup>892</sup> a razoabilidade, como postulado que dentre outras, é utilizado em três acepções: “como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades”; designada razoabilidade como equidade; “como diretriz que exige uma relação das normas jurídicas”<sup>893</sup> com o mundo exterior, denominada “razoabilidade com congruência”<sup>894</sup> e, a terceira, “como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas”<sup>895</sup> - “medida adotada e o critério que a dimensiona” - intitulada “razoabilidade como equivalência” e que, somada à eficácia “dos princípios constitucionais do Estado do Direito e do devido processo legal” e à do princípio da igualdade, “impede a utilização de critérios distintivos inadequados”.<sup>896</sup>

Daí o autor dispõe que o “controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental” será menor, quanto mais impreciso for “o efeito futuro da lei”, “difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria” e ainda, for aberta “a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição”<sup>897</sup>.

E, enfim, assevera que o postulado da proporcionalidade, que enseja medidas proporcionais é diferenciado pelos “fins internos e externos”, à medida que exige proporcionalidade em sentido estrito.<sup>898</sup>

---

<sup>888</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>889</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>890</sup> Dentre os postulados inespecíficos ou incondicionais.

<sup>891</sup> Embora também possa funcionar como regra, ao prever “a proibição de tratamento discriminatório” e como princípio, “ao instituir um estado igualitário como fim a ser promovido”. AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 101.

<sup>892</sup> *Ibidem*, p. 101. “Fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes do controle. Há fins e fins no Direito”. *Ibidem*, p. 101.

<sup>893</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>894</sup> É a “harmonização das normas com suas condições externas de aplicação”. *Ibidem*, p. 106.

<sup>895</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>896</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>897</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>898</sup> *Ibidem*, p. 116. Sendo “um meio é adequado quando promove minimamente o fim” e “necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados”. *Ibidem*, p. 131.



### 3.3 Considerações Parciais

De todo o disposto, o que se observa é que o STF extrapolou não apenas as lições dos doutrinadores que elucidam como os magistrados decidem na realidade, como, ainda mais, os ensinamentos dos doutrinadores que se voltam a como os magistrados deveriam efetivamente decidir.

De Kelsen, se extrai que a dita única interpretação correta, é um “juízo de valor político” e não uma “verdade científica,”<sup>899</sup> como aquele que a diz, o qual exercita uma função jurídico-política.

Mas, não foi isto que o STF fez ao reconstruir a noção jurídica de nepotismo? Ao editar a Súmula Vinculante, o STF tão somente, construiu, a partir dos votos dos ministros nos quatro julgados (no âmbito dos quais poucos deles tocaram sobre os assuntos que constroem a figura do nepotismo) uma noção de nepotismo embasada naquilo que deveria ser vedado, segundo um ideal social e não segundo uma noção jurídica de nepotismo.

Desta forma a noção de nepotismo apresentada pela Súmula, como uma noção jurídica seria, na verdade, uma noção embasada em “um juízo de valor político”. Por isto se poderia pensar que as lições de Hans Kelsen estão embasando não “como os magistrados decidem”, mas “como deveriam decidir”.

Outra lição de Kelsen que merece ser observada é que a aplicação de “uma interpretação estritamente científica” pode revelar “todas as significações possíveis” estabelecidas na “fórmula verbal (...) escolhida”<sup>900</sup> da norma, inclusive as “politicamente indesejáveis” e parece que a interpretação realizada pelo STF quanto à edição da S.V. n.13 pelo STF foi realizada por esse viés, já que o que motivou o tribunal a elaborar a S.V. n.13 foi a necessidade de também vedar o nepotismo no Poder Executivo, em termos similares à ocorrida no Poder Judiciário devido à publicação da Resolução n. 07/05.

Das lições de Alf Ross se retira que pela interpretação se busca o significado da palavra, e que tal atividade é realizada ao se observar o campo de referência correspondente à ela, seus diversos significados razoáveis, bem como dentre eles o significado “mais provável”, mas da decisão do STF não é isto que se observa, tanto que a expressão “pessoa jurídica” passou a significar poder, pelo simples fato de que se

---

<sup>899</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 396.

<sup>900</sup> *Ibidem*, p. 396.

deveria vedar o nepotismo no poder Executivo e como o Presidente “nomeia tudo”, seria melhor uma vedação mais ampla, em todo o poder.<sup>901</sup>

Também se pode aplicar ao caso em tela os dizeres de Alf Ross de que o juiz pode desconsiderar as manifestações dos antecedentes legislativos e realizar uma “interpretação pragmática” que busca “apoio para o resultado desejado onde quer que possa encontrá-lo”,<sup>902</sup> vez que o STF considerou apenas a Resolução n. 7/2005 do CNJ e as manifestações quanto à mesma no julgado da ADC n.12, como “antecedente” da S.V. n.13 e a partir daí decidiu da forma que lhe convier, embasando sua decisão em algumas argumentações ora aplicadas por interpretação restritiva, como no caso de se excluir a vedação do nepotismo ao cargo político, por meio do argumento de que a moralidade disposta no caput do artigo 37 da Constituição Federal rege a nomeação dos cargos administrativos comissionados e não os cargos políticos, já que os primeiros estão na esfera da Administração Pública e os segundos, na esfera de Governo, fora das disposições do artigo 37.

Mas se a base da vedação do nepotismo é a moralidade pública, como demonstrado nos debates que antecederam a Súmula, como nos votos dos ministros nos precedentes da mesma, não seria contraditório vedar o nepotismo quanto aos cargos comissionados e não quanto aos políticos, só porque a moralidade está insculpada no caput do artigo 37 como princípio administrativo e não público?

Conforme observado pelas manifestações dos Ministros, este foi o entendimento, derivado de uma interpretação restritiva, tanto quanto ao conceito de cargo público de confiança como quanto ao de moralidade. Isto é expressamente disposto pelo Ministro Gilmar Mendes, que ao se manifestar, lembra que Bob Kennedy, irmão do Presidente Kennedy, ocupava cargo de governo durante o mandato de presidente do irmão.

O que significa dizer que configura nepotismo a nomeação de um tio do Presidente da República para exercer o cargo administrativo em comissão de Secretário-Executivo de um Ministério, mas que tal prática não ocorrerá caso o tio do Presidente da República seja nomeado como Ministro de Estado.

Outrossim, observa-se que a decisão do STF tem “caráter construtivo”, raramente assumido<sup>903</sup>, dito por Alf Ross, vez que, o STF, teve a liberdade para decidir,

---

<sup>901</sup> Conforme se extrai dos dizeres da Ministra Carmem Lúcia e do Ministro Gilmar Mendes no segundo debate ocorrido, anterior à edição da S.V. n.13.

<sup>902</sup> ROSS, Alf, *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, 182.

<sup>903</sup> *Ibidem*, p. 181-182.

em grau e em reconhecimento, quanto aos precedentes da Súmula Vinculante e quanto à sua edição. Mas, diferentemente do que dispõe o autor, não soube “como *justificar* tecnicamente, mediante argumentos interpretativos, a solução jurídica” que considerou “*justa* ou desejável”,<sup>904</sup> vez que o STF, ao construir a Súmula, reconstruindo a noção de nepotismo e sua consequente vedação, não indicou expressamente as regras de interpretação e os dados interpretativos utilizados a embasar a decisão que considerada desejável.

Por fim, parece que o STF não aplicou as lições de Alf Ross, vez que os argumentos técnicos utilizados pelos ministros como razões provenientes de suas consciências jurídicas, fundados nas normas e nas exigências sociais não se fizeram presente em toda a decisão judicial.<sup>905</sup>

Não há argumento técnico que justifique “parente afim até o terceiro grau inclusive” no contexto da vedação do nepotismo no âmbito da Súmula, já que, contrário ao conceito determinado pelo Código Civil, que não classifica em graus o parentesco por afinidade e, mesmo se classificasse seria até segundo grau, já que a afinidade abarca os irmãos do cônjuge, ou seja, os cunhados.

Mas, agindo em função política e não jurídica, os Ministros justificaram tal elástica interpretação, aduzindo que se fazia necessário proibir uma ‘rede familiar’ na ocupação de cargos comissionados da Administração Pública. Só nela, já que tal rede não importa no âmbito governamental, pois não abarca a nomeação para cargo político. É imoral a rede familiar em âmbito menor – administrativo, mas é moral no maior – governamental.

Conforme ensina Eros Grau, o juiz deve decidir sopesando o “direito todo e não apenas um determinado texto normativo”,<sup>906</sup> contudo não foi o que o STF, vez que além de inobservar determinados dispositivos constitucionais e legais sobre determinados elementos do nepotismo, como o pertinente a função comissionada e o relativo a parentesco por afinidade, respectivamente, fundamentou a redação sumular efetivamente apenas no texto da Resolução n. 07/05 do CNJ e, ainda, ao discutir sua redação, a fim de aprimorá-la, também dela se distanciou, pois ao invés de estabelecer a vedação do nepotismo na mesma pessoa jurídica, estabeleceu no mesmo poder.

---

<sup>904</sup> ROSS, Alf, *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000, p. 183.

<sup>905</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>906</sup> GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

Por fim, nota-se que o autor afirma que a interpretação deve se adequar “a algumas pautas”, dentre elas, “à finalidade do direito” e “aos princípios”,<sup>907</sup> de acordo com o sistema jurídico do qual faz parte e com a Constituição, visto que um texto de direito “desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum”,<sup>908</sup> e constata-se que a interpretação do STF não se adequou nem à finalidade do direito em questão, que é garantir a moralidade pública quanto ao nepotismo e muito menos, efetivou integralmente o referido princípio.

Pois bem, se o STF não decidiu efetivamente conforme os ensinamentos dos autores que se debruçam à questão de como os magistrados decidem, menos ainda, ao analisar sua decisão sob a perspectiva das teorias doutrinárias de como os magistrados deveriam decidir.

Do que se tira das lições de Savigny, observa-se que a elaboração da jurisprudência deve ser sistêmica e histórica,<sup>909</sup> contudo, tal não ocorreu quando da elaboração da SV n.13.<sup>910</sup>

Outrossim, nota-se que as interpretações extensiva e restritiva, ditas não verdadeiras por Savigny, porque “algo de fora é adicionado à expressão da lei”, configurando arbitrariamente, forma utilizadas pelo STF na interpretação de elementos da noção de nepotismo, dando aos mesmos, ora limitação, ora elasticidade, em prol de uma redação desejada pelos Ministros, mas nem de longe a mais justa para a sociedade ou para o país.<sup>911</sup>

Ainda, nota-se que o STF inobservou as lições de Perelman quanto ao fato de que discurso jurídico apresentado pelo orador deve apresentar a tese mais oportuna, conveniente, razoável ou útil, devendo se preocupar em conhecer as teses às quais o auditório que visa convencer é adepto e se fundamentar em teorias comuns ao senso geral da coletividade, especialmente quando o público é heterogêneo, vez que a SV n.13 foi editada em termos contrários ao disposto, caindo o STF no que o autor designa como “Petição de Princípio”.

E, ao utilizar ficção jurídica<sup>912</sup> para justificar sua decisão, ao contrário do que ensina Perelmam, não utilizou argumentação juridicamente sólida e mais aceitável

---

<sup>907</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>908</sup> GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40 e 128.

<sup>909</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP, Edicamp, 2001, p. 8.

<sup>910</sup> Conforme se observa do descrito no capítulo I deste trabalho.

<sup>911</sup> SAVIGNY, *Op. cit.*, p. 41 -42.

<sup>912</sup> PERELMAN, Chaïm, *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 191.

socialmente,<sup>913</sup> bem como não exerceu seu papel de obter uma decisão legal, “razoável e aceitável”<sup>914</sup> e, ainda, editou a normativa sem omissão do legislativo.<sup>915</sup>

Além disso, o STF também não expressou todo o raciocínio jurídico desenvolvido no transcorrer do caminho à solução do caso concreto,<sup>916</sup> nem quanto aos elementos que compõem o conceito de nepotismo, nem quanto à redação final da própria Súmula.

Em conformidade com os dizeres de Perelman, com a motivação, os demais juristas entendem porque foi proferida aquela decisão e a opinião pública a conhece e, desta forma, o magistrado não apenas obedece ao requisito legal, mas também ao valor de solução mais aceitável, mas no caso da SV n.13 “os demais juristas” não entenderam “porque foi proferida aquela decisão” nos termos em que foi e não a observaram como “a solução mais aceitável”.

Desta feita, Perelman elucida que a lógica judiciária fundamenta-se na adesão cabendo ao magistrado convencer a todos de que a decisão tomada é a legal e mais aceitável: “mais equitativa e a mais conforme o direito em vigor”,<sup>917</sup> contudo não foi o que os ministros do STF fizeram, tanto ao julgar os precedentes, como ao elaborarem a SV n.13 como a solução legal mais aceitável a solucionar a questão: vedar o nepotismo.

Larenz elucida que a “interpretação em conformidade com a Constituição” é “um critério de interpretação”, preferível dentre “as várias interpretações possíveis”, e que não ultrapassa “os limites que resultam de sentido literal possível e do contexto significativo da lei.”<sup>918</sup>

Todavia, parece que os Ministros do STF ultrapassaram este limite ao estabelecerem uma Súmula Vinculante que veda minuciosamente o nepotismo, como decorrente apenas do conteúdo dos princípios constitucionais que regem a administração, especialmente o da moralidade, da imparcialidade e da eficiência.

Realmente a vedação do nepotismo é consequência da autoaplicação de tais princípios, mas isto não quer dizer que a redação da Súmula, na forma em que está, é decorrente de apenas deles, vez que tece minúcias quanto à noção de nepotismo que

---

<sup>913</sup> PERELMAN, Chaïm, *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 193. Como no caso do parentesco por afinidade até 3º grau.

<sup>914</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>915</sup> *Ibidem*, p. 203-204. Parece que no caso da S.V. n.13 o Judiciário fez mais que isto. Ele não determinou como a lei deve ser aplicada, ele legislou.

<sup>916</sup> *Ibidem*, p. 210-211.

<sup>917</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>918</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 480-481

nem mesmo em uma interpretação ampla, podem ser observadas como consequência da autoaplicação de tais princípios.

Também afirma que a aspiração “legítima” do magistrado é “um imperativo de ordem moral e que por isso ele deve procurar na lei “possibilidades de soluções que satisfaçam a justiça”,<sup>919</sup> contudo, pode-se dizer que os Ministros do STF ao elaborarem a SV n. 13, não vislumbraram as soluções justas, vez que a redação do instrumento sumular tanto não corresponde a tal valor que seu alcance foi posteriormente questionado pelo Procurador-Geral da República e “regulamentado” por Decreto Presidencial no âmbito do Poder Executivo.

Outrossim, ensina que não é lícito ao juiz, “introduzir na lei o que deseja extrair dela”, pois não pode “sobrepor-se à decisão valorativa do legislador.”<sup>920</sup> Entretanto, a decisão dos Ministros do STF se sobrepôs à decisão valorativa do legislador, tanto em relação ao legislador constitucional como ao infraconstitucional, inclusive quanto ao legislador da Resolução n 7/05 do CNJ, que foi a principal normativa que subsidiou a redação da SV n.13.

Inocêncio Mártires Coelho ensina que no âmbito do judiciário “as exigências sociais são absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito” por “novas leituras dos mesmos enunciados normativos” e que essas podem ser “tão inovadoras, que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos” e parece que foi exatamente isto que o STF fez ao editar a Súmula.

Mas o que se observa é que o STF extrapolou vários dos limites jurídicos, em prol de uma motivação não jurídica, pois como último intérprete, por meio da normativa vinculante, (que parece não ter alcançado o objetivo da própria Súmula Vinculante, que é de apaziguar controvérsias, de forma clara e objetiva) recriou a noção de nepotismo, bem como sua vedação, de forma ampla, por meio de uma redação que vai além do disposto em todas as outras normas existentes e estancou as demais interpretações quanto à vedação do nepotismo, tanto do poder executivo, quanto do legislativo e do próprio judiciário, em todos os entes da federação, sem analisar as consequências reais do seu ato.

Segundo Inocêncio, o magistrado cria norma de decisão concreta ou a norma do caso, de acordo com as particularidades da situação sob tutela jurisdicional.<sup>921</sup>

---

<sup>919</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 492.

<sup>920</sup> *Ibidem*, p 493.

<sup>921</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 43.

Contudo, o STF, ao editar a SV n.13, impediu que isso ocorra, pois a Súmula Vinculante, embora seja uma norma geral, é uma norma de decisão e, ainda, vinculante, que, portanto, não permite que os demais agentes públicos que devem aplicá-la tenham outra forma de interpretação, senão aquela que emana da sua própria redação, o que quer dizer que a normativa vinculante editada pelo STF não permite que existam decisões diversas, conforme a particularidade do caso concreto apresentado.

O autor também informa que refazer o “caminho do legislador” a partir do questionamento do texto<sup>922</sup> quanto aos problemas sociais que ensejaram determinada resposta normativa<sup>923</sup> é “recurso hermenêutico a mais, que não deve ser desprezado, sobretudo quando se pretenda descobrir a razão subjacente a um enunciado normativo cujo significado” seja de alguma maneira “problemático”.

Contudo os ministros do STF não o fizeram ao elaborar a SV n.13 a partir da Res. nº 05/07 do CNJ, vez que não se fazia necessário descobrir a razão subjacente, ela era clara, eliminar o nepotismo no Judiciário. Ao saberem disso e estarem motivados a extirpar o nepotismo da administração pública, leia-se, Poder Executivo, partiram da resolução, que para o Judiciário foi problemática e elaboraram uma disposição vinculante muito mais problemática, ora, em termos técnicos, jurídicos, e não apenas isto, ensejaram, por meio desta, a ação interpretativa equívoca por parte de todos a ela submetidos.

Inocêncio também elucida que o magistrado-intérprete deve, a fim de compreender o significado do texto, além de atentar para o passado, observar “a si mesmo” e a “concreta situação hermenêutica em que se encontra”,<sup>924</sup> pois é o intérprete que concretiza a norma jurídica e o faz no presente em que vive.

No caso da edição da SV n.13, os ministros observaram a si mesmos, mas parece que a situação hermenêutica concreta, de forma equivocada, vez que os precedentes utilizados não eram bastante a demonstrá-la, tanto que a consequente redação da súmula restou problemática.

Em conformidade com o autor, a decisão deve ser racional, objetiva e controlável, não podendo configurar um “oráculo despótico ou iluminado, que se ponha acima da lei e dos critérios usuais de interpretação”, devendo o magistrado percorrer

---

<sup>922</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 44.

<sup>923</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>924</sup> *Ibidem*, p. 46.

“todo o itinerário hermenêutico, onde as regras de interpretação” demonstram os “passos do processo do pensamento”.<sup>925</sup>

Porém, o que se observa dos votos dos ministros proferidos nos quatro julgados utilizados como precedentes da SV n.13 e nas suas disposições acerca do tema nos dois debates que antecederam à elaboração do verbete sumular, é que não utilizaram “critérios usuais de interpretação”, mas ao contrário, “um oráculo despótico”, muitas vezes aplicado além das disposições constitucionais e infraconstitucionais.

O autor também ensina que, “só é possível uma hermenêutica jurídica onde a lei vincule, por igual, a todos os membros da comunidade jurídica, tanto os governantes quanto os governados, tanto os legisladores quanto os juízes e que este processo transparece o raciocínio desenvolvido e possibilita num “imperativo ético-político”, o convencimento daqueles a quem “as decisões dos agentes públicos” se destinam.<sup>926</sup>

Ocorre que não foi isto que se obteve com a edição da SV n.13, vez que a vedação do nepotismo não abarca todos, vez que excepciona as nomeações de parentes de autoridades para cargos políticos e mesmo abrangendo o sobrinho do marido de uma autoridade, excepciona do nepotismo a nomeação de um primo desta autoridade.

Normativa esta que além de não vincular os possíveis agentes por igual, não foi realizada por meio de um processo hermenêutico que convence a plateia, pois feita em um imperativo apenas político e nada ético.

Por outro lado, nota-se que foi pela obrigatoria publicidade e a motivação das decisões dos magistrados, que traduzem a validade ou não do próprio ato decisório, bem como a sua compatibilidade ou não com “a ideia do direito, enquanto instrumento de ordenação justa e racional da convivência humana” que foi possível observar a problemática jurídica que se encontra no cerne da SV do STF.<sup>927</sup>

Das lições de Inocêncio também se extrai que a atividade interpretativa é “contextualizada”, o que obsta significação arbitrária aos enunciados legais, sendo vedado dizer além da redação do texto legal sendo a “letra da lei”, o “ponto de partida” da interpretação e também a sua delimitação, a ensejar uma decisão “razoável”, que é demonstrada por meio dos motivos da interpretação, daquilo que a fundamentou, de acordo com o caso concreto do momento presente.<sup>928</sup>

---

<sup>925</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 47-48.

<sup>926</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>927</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>928</sup> *Ibidem*, p. 55.



Entretanto, os ministros do STF não fizeram o disposto acima, já que a letra da lei, seja ela constitucional ou infraconstitucional, foi desconsiderada quanto a determinados enunciados, que passaram a ter significados arbitrários, havendo hoje, uma realidade inconstitucional incompatível com a norma constitucional”.<sup>929</sup>

Ainda, pode-se dizer que o STF inobservou o fato de que não foi dado aos magistrados “uma legitimidade que é privativa dos titulares dos mandatos políticos” e que deve-se evitar qualquer espécie de ativismo judicial que fira a ordem jurídico-política plasmada na Constituição.<sup>930</sup>

No âmbito específico da hermenêutica constitucional e poder normativo, pelas lições de Dworkin, que cabe ao seu operador descobrir, dentre as fontes normativas, as regentes dos casos postos, bem como a estrutura em que as regras e princípios são conjugados, com o fito de realizar a justiça no caso,<sup>931</sup> mas isto não foi realizado pelos Ministros do STF nem ao debater os precedentes da SV, nem a edição da própria normativa vinculante.

Conforme Marcelo Neves os magistrados devem-se ater a almejar a “justiça do sistema jurídico” que “sempre é imperfeito e se define em cada caso concreto”. Contudo, o STF, ao editar uma SV com uma redação equívoca fez foi agravar a imperfeição do sistema, não havendo possibilidade de se definir a situação em cada caso concreto.<sup>932</sup>

Humberto Ávila defende que o Judiciário deve construir significados dentro de certos limites existentes, a fim de que não acarrete um “descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado”,<sup>933</sup> mas o caso da SV. n.13 só faz exemplificar que o STF vem ultrapassando tais limites.

Assim, embora a Constituição, em poder do intérprete, crie os “objetos hermenêuticos, num processo aberto e infinito”, sua “consistência deve ser controlada, por meio da verificação de seus resultados”, a partir de um “critério baseado na justiça da decisão, em cada caso concreto,” necessário a obstar decisões arbitrárias.<sup>934</sup>

Contudo, se observa que o STF não utilizou de técnicas e métodos pertinentes à hermenêutica jurídica, especialmente a constitucional, tanto para julgar os precedentes,

---

<sup>929</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 40.

<sup>930</sup> *Idem*, p. 67 - 68.

<sup>931</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 259-260.

<sup>932</sup> NEVES, Marcelo, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 225.

<sup>933</sup> ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 25.

<sup>934</sup> COELHO, *Op. cit.*, p. 76.

quanto para construir a noção judicial de nepotismo por meio da SV n.13, pois não aplicou os parâmetros racionais e despersonalizados da atividade hermenêutica.

## 4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SÚMULA VINCULANTE N 13.

Diante do fato de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por meio da SV n13, que o "nepotismo" é vedado em todos os poderes de todos os entes da Federação, cabendo às autoridades dos demais poderes somente reconhecer a existência de nepotismo e aplicar as medidas cabíveis, o que se discute nesse capítulo é se o STF, ao realizar a reconstrução normativa da vedação do nepotismo por meio da Súmula Vinculante n. 13, exorbitou a normatividade do próprio instituto, avaliando se os quatro julgados que embasam o enunciado vinculante configuram jurisprudência reiterada sobre a matéria, se qualitativamente a tornam consistente, se sua redação é coerente à finalidade do instituto: de ser clara, objetiva e apaziguadora de controvérsias e, ainda, se o texto sumular está de acordo com o princípio da legalidade.

### 4.1 A Súmula Vinculante no sistema normativo brasileiro.

No decorrer do século XX a proteção judicial da Constituição consolidou-se como um importante mecanismo de defesa do Estado Constitucional, se consagrando dois sistemas, um americano e outro europeu.<sup>935</sup>

Nesse esteio, no Brasil foi desenvolvido um sistema que apresenta “particularmente, os limites de cada um dos modelos”, mas que também possui “dificuldades de mesclar os elementos para solucionar os problemas”,<sup>936</sup> fazendo com que a justiça constitucional seja “pautada pelos problemas decorrentes da convivência entre controle difuso e concentrado” e seja recorrente a divergência entre “as decisões tomadas pelo STF e pelas demais instâncias do Judiciário”, sendo um mesma demanda, decidida várias vezes, diferentemente pelos demais juízes e tribunais e pelo STF, ensejando a proposição de diversos recursos extraordinários no mesmo sentido.

E, então, foram adotadas medidas a solucionar as demandas causadas por “divergência jurisprudencial sobre a interpretação da Constituição”, estando dentre elas, as Súmulas Vinculantes, que se caracterizam “como mecanismo de prevenção da

---

<sup>935</sup> MAUÉS, Antonio Moreira, Súmula Vinculante e proteção dos direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n.8 – jul./set.2009, p. 81. Contudo, enquanto nos Estados Unidos “a posição do judiciário como defensor do cidadão contra o poder legislativo permite a qualquer indivíduo, ameaçado por ato legal, buscar o remédio judicial”, na Europa “a defesa da ordem constitucional de competências requer a criação de um tribunal ad hoc e a limitação da legitimidade ativa”. p. 83

<sup>936</sup> *Ibidem*, p.84

divergência sobre a interpretação constitucional e visam que os juízes se adaptem às orientações jurisprudenciais do STF”.<sup>937</sup>

Assim, a Emenda Constitucional n. 45 estabeleceu<sup>938</sup> a Súmula Vinculante como ferramenta para contribuir na celeridade processual,<sup>939</sup> sob um conjunto de critérios a subsidiar sua edição, dispostos no artigo 103-A da Constituição Federal<sup>940</sup> e dentre eles, dois “que dependem de um juízo de caráter substantivo”,<sup>941</sup> sendo o primeiro, a “controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”<sup>942</sup> e o segundo, “reiteradas decisões de matéria constitucional”, do que se pode extrair que a existência apenas do primeiro não autoriza a edição da SV, sendo necessário que a similitude entre os casos, que justifica tratá-los como ‘questão idêntica’, ensejem ‘reiteradas decisões’.<sup>943</sup>

Ainda, nota-se que a Súmula Vinculante, desde que de acordo com tais parâmetros constitucionais, é autorizada por decisão de no mínimo 2/3 dos ministros do STF.

E, a Lei n. 11.417, de 19.12.2006<sup>944</sup> que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, por sua vez, além replicar alguns

---

<sup>937</sup> MAUÉS, Antonio Moreira, *Súmula Vinculante e proteção dos direitos fundamentais*. Direitos Fundamentais e Justiça, nº8 – jul./set.2009, p. 84-85.

<sup>938</sup> Em 30.12.2004.

<sup>939</sup> Tem-se em vista, com a Súmula Vinculante, evitar processos desnecessários e protelatórios e tornar mais célere a justa aplicação do Direito.” PACHECO, José da Silva. Da extinção do nepotismo na Administração Pública e da Súmula Vinculante do STF para agilizar a eficácia de normas que envolvam matéria constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, V. 25, n. 34, Rio de Janeiro, jan./jun. 2009, p. 108.

<sup>940</sup> Art 103-A. *O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (grifos nossos) § 1º A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (grifos nossos) § 2º Sem prejuízo de que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.*

<sup>941</sup> MAUÉS, *Op. cit.*, p. 86.

<sup>942</sup> “ A controvérsia deve ser atual e não ultrapassada ou superada por entendimento subsequente. A contemporaneidade do dissenso é um requisito importante. (...) A controvérsia há de ter grave intensidade, capaz de provocar insegurança jurídica e multiplicidade de processos a impedir a celeridade de sua tramitação”. PACHECO, José da Silva, *Op. cit.*, p. 108. “ a multiplicidade de demandas e recursos sobre teses jurídicas absolutamente idênticas, já definidas inclusive na suprema corte do país, sabido ainda que o descumprimento das diretrizes promana em percentual muito elevado da própria Administração Pública.” *Ibidem*, p. 109.

<sup>943</sup> MAUÉS, *Op. cit.*, p. 86. “ A imprescindibilidade de resguardar o princípio da segurança jurídica assegurando a previsibilidade das decisões judiciais em causas idênticas.” PACHECO, José da Silva, *Op. cit.*, p. 109.

<sup>944</sup> Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

dos dispositivos já expresso no artigo 103-A da Constituição Federal, esmiuçou o já previsto constitucionalmente e, ainda, estabeleceu detalhes sobre o procedimento de criação, revisão e extinção do instrumento sumular.

Nesse ensejo, vale enfatizar que o §2º do art. 3º, dispõe sobre a possibilidade de haver, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, manifestação de terceiros quanto à questão,<sup>945</sup> que o art. 4º estabelece ser possível a restrição dos efeitos vinculantes da mesma e sua eficácia para outro momento, ambas por motivo de segurança jurídica ou excepcional interesse público,<sup>946</sup> que o art. 5º determina a revisão da SV quando da revogação ou modificação da lei em que se embasou<sup>947</sup> e que o art. 10 da lei prevê que o procedimento referente à Súmula observará também dispositivos do Regimento Interno do STF.<sup>948</sup>

Ainda, se extrai que se não houver a observância de algumas das condições insculpidas nos dispositivos constitucionais e legais quando da elaboração da súmula, ela não terá efeito vinculante após sua publicação. Nesse caso, configuraria, então, outra espécie de súmula, a de “jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal”<sup>949</sup>.

Assim, a Súmula, caso não verse sobre matéria constitucional e não tenha sido editada em face de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas, não será vinculante.

Aqui vale ressaltar que o efeito vinculante da súmula, além de o ser quanto ao enunciado, também, chega aos motivos determinantes expostos nos seus precedentes, vez que, “a atribuição de efeito vinculante às súmulas, a exemplo do que sucede em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de normas, tem

---

<sup>945</sup> Como faculta o § 2º do artigo 3º da lei: “No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>946</sup> Conforme expresso no Art. 4º “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

<sup>947</sup> *Verbis*: “Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

<sup>948</sup> “Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>949</sup> LEAL, Roger Stiefelman *O Efeito Vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2006, Expressão utilizada na nota de rodapé n. 539 da p. 176.

como resultado prático a imposição de seus fundamentos determinantes aos órgãos e poderes especificados na norma constitucional”.<sup>950</sup>

Isso porque, como a Súmula Vinculante é um instrumento a uniformizar a “jurisprudência constitucional sobre a matéria, com base na orientação do STF”,<sup>951</sup> faz-se imprescindível à sua aplicação, o conhecimento dos precedentes que levaram à sua edição, sem o qual não se pode identificar as “circunstâncias do caso que autorizam” aplicá-la.<sup>952</sup>

Assim, mesmo não sendo possível que seu enunciado expresse todo o seu processo hermenêutico, deve conter “os fundamentos que se quer generalizar de modo contextualizado” pois é imprescindível ao juiz que fará “o processo de aplicação da súmula vinculante”, o “conhecimento do modo como os fatos tratados nos precedentes foram interpretados pelo STF” a fim de que possa “decidir se cabe ou não sua aplicação em determinado caso”.<sup>953</sup>

Desta feita, como o marco da súmula é constituído por seus precedentes, ela deve se ajustar “tanto às decisões passadas, guardando coerência com as circunstâncias dos casos e o fundamento de suas decisões, quanto justificar sua vinculatividade como a solução correta para os casos futuros”. Para tanto, o STF deve desenvolver “um juízo de igualdade, fundamentando sua conclusão nas similitudes dos casos”.<sup>954</sup>

Por isso, deve-se “evitar que o enunciado das súmulas se afaste do processo hermenêutico que conduziu aos precedentes”, bem como que, não apenas reafirme os princípios constitucionais, mas antes, garanta a “concretização deles diante das situações específicas”.<sup>955</sup>

É dessa forma que as súmulas vinculantes obrigam os magistrados a aplicarem o disposto pelo STF,<sup>956</sup> tanto pelo seu enunciado como também por sua

---

<sup>950</sup> LEAL, Roger Stiefelman *O Efeito Vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 176.

<sup>951</sup> “Quando da discussão sobre a conveniência da introdução ou não, no ordenamento jurídico, da Súmula Vinculante, argumento de peso brandido pelos contrários era a sua utilização pelo judiciário como instrumento de dominação, sobreposto até à lei. Seus defensores afastavam tal receio e viam a Súmula como afastamento das incertezas, possibilitando uma prestação jurisdicional mais segura (...) e mais rápida.” DIZ, Nelson Nascimento. Nepotismo: Súmula Vinculante nº 13. Limitação ao tratamento por lei? *Revista de Direito do Estado - RDE*, v. 3, n. 12, out/dez 2008, p. 391.

<sup>952</sup> MAUÉS, Antônio Moreira, *Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais*. Direitos Fundamentais e Justiça. n.8, jul/set. 2009, p.85.

<sup>953</sup> *Ibidem*, p.87.

<sup>954</sup> *Ibidem*, p.95.

<sup>955</sup> *Ibidem*, p.95.

<sup>956</sup> “o efeito vinculante não retira do julgador a sua liberdade de decidir, mas apenas o impede que dê curso à renovação de teses já apreciadas e decididas anteriormente de forma reiterada por órgãos colegiados, presumivelmente detentores de maior conhecimento da matéria.” PACHECO, José da Silva. Da extinção do

fundamentação,<sup>957</sup> funcionando o efeito vinculante como meio que “além de preservar íntegros os elementos conceituais do instituto, minimiza o perigo das imperfeições que, não raro, recaem sobre a simplificação de complexas questões jurídicas em verbetes condensadores da jurisprudência dominante”, cabendo “aos destinatários do efeito vinculante observar não só o enunciado da súmula, mas também as condições e circunstâncias em que tem aplicação”.<sup>958</sup>

Também há de se ressaltar que, por sua natureza, a Súmula Vinculante, diferentemente das disposições constitucionais e legais, não enseja aplicação de hermenêutica necessária a iluminar o seu entendimento, já que como deve ser clara, objetiva e apaziguadora de controvérsias, parte-se do pressuposto que se basta em si própria e por si só, sendo auto-suficiente, auto-explicativa e auto-aplicável, dispensando, portanto, algum texto adicional que explique ou traduza o seu espírito. E nesse esteio se diz que a interpretação da redação Súmula Vinculante deve ser literal.

Contudo, é interessante destacar que o STF, ao se editar a primeira SV, consignou em seu enunciado “a necessidade de análise das particularidades de cada caso para sua aplicação”.<sup>959</sup>

Dessa forma as SVs passaram a ser editadas e com elas vieram as dificuldades, como o fato de a diversidade de circunstâncias dos precedentes por “em dúvida a correção do enunciado, que deve ser objeto do máximo cuidado quando se trata de decisões que restringem direitos” e de a Súmula ser “fiel às ‘reiteradas decisões’, que devem anteceder-la”.<sup>960</sup>

---

nepotismo da Administração Pública e da Súmula Vinculante do STF para agilizar a eficácia de normas que envolvam matéria constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, v. 25, n. 34, jan/jun. 2009, p. 109.

<sup>957</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.8, jul/set. 2009, p. 86. Aqui vale realizar uma explicação sobre o efeito vinculante da súmula, que se refere não apenas ao próprio verbete, sendo vinculante quanto ao seu enunciado como também à *ratio decidendi*, ou seja, aos fundamentos determinantes das súmulas, que “são os fundamentos determinantes dos precedentes que lhes deram origem”, alcançando assim, “os princípios e interpretações asseverados na motivação dos reiterados julgados que embasaram a sua edição” LEAL, Roger Stiefelman *O Efeito Vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 176.

<sup>958</sup> *Ibidem*, p.177.

<sup>959</sup> MAUÉS, *Op. cit.*, p.87

<sup>960</sup> O que aconteceu na edição da SV n5 “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Conforme informa Maués, “Neste caso, os próprios Ministros reconhecem que não havia decisões reiteradas sobre a matéria” e, ainda, que “o STF não verifica a adequação dos precedentes citados na decisão que leva à aprovação da Súmula”. P.89. Isso porque foram listados como precedentes, julgados que não trataram de processo administrativo disciplinar e entre os que tratavam, apenas um veiculou dúvida sobre a defesa técnica, o qual não envolvia sanção grave como a demissão – RE-AgR n. 244.027.

Dito isto é que se passa a observar a maneira pela qual a Súmula Vinculante n. 13 foi editada - pois põe “em dúvida, o cumprimento, pelo STF, dos dispositivos constitucionais.”<sup>961</sup>

#### 4.2 Sentido e Alcance da Súmula Vinculante n. 13.

A Constituição Federal atribui ao STF competência para expedir Súmula Vinculante<sup>962</sup>, *na forma estabelecida em lei*. Lei esta, nº 11.417/2006, que determinou no parágrafo 2º do seu artigo 3º a possibilidade de haver a participação de terceiro interessado no procedimento da Súmula, a critério do relator e, conforme disposto no Regimento Interno da Corte.

Por isso se diz que a lei, ao admitir a presença de terceiro no procedimento de edição de súmula vinculante, teve “em conta o sadio princípio de que no processo de formação e extroversão da vontade do Estado – e a súmula expressa vontade do Estado exteriorizada pela via jurisdicional – é a prudente ouvir antes de fazer obedecer”, realçando, assim, “a cidadania ativa, princípio fundamental da República Federativa do Brasil” a preservar “o Estado de decisões unilaterais e de viés autoritário, mutiladas por visão solitária e às vezes distorcida ou equivocada”.<sup>963</sup>

Todavia, não foi o que ocorreu e a omissão ou negligência do STF em observar tal dispositivo e que sua aplicação seria válida no caso em tela, resultou em uma normativa de “viés autoritário”, motivada pelo ativismo judicial em face do Poder Executivo e “mutilada” por uma “visão distorcida”, pois parcial e desprovida de um marco teórico do magistério doutrinário pátrio, vez que não foi utilizada qualquer noção doutrinária específica a delimitar a noção de nepotismo e sua vedação” e, ainda, equivocada, já que se distanciou inclusive do seu marco legal, a Resolução do CNJ nº 07/05, não apenas porque aumentou o âmbito de vedação do nepotismo de pessoa jurídica para poder, como também, porque não acompanhou suas alterações, dizendo hoje, menos do que a própria Resolução, já que não veda como esta, o nepotismo em contratações diretas, seja de que forma for.

---

<sup>961</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.8, jul/set. 2009, p.87.

<sup>962</sup> Artigo 103-A.

<sup>963</sup> ALEGRE, José Sérgio Monte. *Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo), do STF: Decifra-me ou te devoro!* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - ReRE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez, jan, fev. 2009,p. 14-15.



E mesmo que se alegue que “o Pleno supriria a exigência da audição prévia da Comissão de Jurisprudência, pois o Pleno pode muito”, não se pode levar isso em conta, já que o Pleno:

“(...) não pode tudo. Não pode substituir órgãos criados pelo Regimento, *de caráter normativo*, com atribuições próprias e relativamente às quais, o que vigora é o princípio da indisponibilidade das competências públicas, além do que em várias ocasiões nem todos os integrantes da Comissão estão presentes à sessão em que apresentada proposta de súmula. O afã do STF de acelerar a prestação jurisdicional, e de viabilizar-se como órgão de máxima jurisdição, não lhe dá o direito de atropelar nem a Constituição, nem a lei! A esse preço não vai o princípio da eficiência”.<sup>964</sup>

Ainda, como a Resolução n.07/05 do CNJ, base normativa da edição da SV n.13, foi alterada pela Resolução n. 09 e ainda, esmiuçada por diversos enunciados do mesmo Conselho, a SV n.13, nos termos do artigo 5º da lei regulamentar, deveria ter sido revista, mas não o foi.

E, embora o Ministro Marco Aurélio tenha persistido na necessidade de se submeter a proposta da súmula vinculante previamente à Comissão de Jurisprudência, como previsto no próprio RI, observando o disposto no artigo 10 da lei em questão e sob o fundamento de que “a finalidade do exame prévio (...) reside em prevenir eventuais desacertos que bem podem resultar da redação do verbete no calor das discussões, durante sessão do Pleno”,<sup>965</sup> a proposta da Súmula 13 não foi submetida previamente à Comissão de Jurisprudência do STF.

Por fim, o artigo 4º da mesma lei dispõe que “o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes (...) tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”, e a partir do disposto em seguida se observará se este é um caso que poder-se-ia aplicar tal hipótese normativa.

Como disposto no primeiro capítulo deste, a SV n13 foi embasada em quatro precedentes que versaram sobre nepotismo, mas que foram julgados diferentemente pelo STF<sup>966</sup>.

---

<sup>964</sup> ALEGRE, José Sérgio Monte. Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo), do STF: Decifra-me ou te devoro! *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - ReRE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez, jan, fev. 2009, p. 15.

<sup>965</sup> DJe nº 172/2008, pp. 30; 31 e 32.

<sup>966</sup> Na ADI 1521/RS, o STF decidiu foi pela *constitucionalidade* da proibição de nomeação de parentes *até o segundo grau*, no âmbito da *respectiva* autarquia, fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, empresa pública ou sociedade de economia mista. “Note-se bem, no âmbito da *respectiva entidade*! E não de qualquer outra, embora integrada na mesma Administração.” ALEGRE, *Op. cit.*, p.8 “Também, avançou na questão de saber se o *parente ocupante de cargo efetivo* poderia ocupar cargo em comissão, o “que foi respondido afirmativamente pelo Min.

A apreciação de cada característica dos julgados nos precedentes deve ser realizada de forma acurada, a ensejar uma “correta generalização dos fundamentos” do enunciado da Súmula Vinculante, sendo, nesse processo, indissociáveis “o fundamento da decisão e o caso, que se integram em um mesmo processo hermenêutico”, onde os “fundamentos são elaborados nos precedentes de acordo com determinadas circunstâncias” sendo possível saber se se deve solucionar da mesma forma situações posteriores, se houver o conhecimento dessas circunstâncias.<sup>967</sup>

Ocorre que, como já explicado anteriormente, o STF não analisou detidamente as circunstâncias de cada caso e, ao elaborar a SV n13, ainda se distanciou dos seus precedentes, inclusive do único julgado que realmente poderia ser tido como seu precedente, a ADC 12/6-DF, que teve por objeto a Resolução nº 07/05 do CNJ que embasou a redação da SV n13.

Desta feita, o STF não apenas julgou cada um dos quatro precedentes de forma diversa, quanto à noção do nepotismo e de sua vedação, como também produziu uma Súmula que não condiz com os mesmos.

Nos dois primeiros precedentes, ADI n. 1521 e MS n.23.780, o STF julgou a adequação das normativas à Constituição Federal, “reconhecendo a liberdade do legislador para dispor sobre a matéria” e, se por um lado, entendeu na ADI n. 1521 pela vedação do nepotismo até o segundo grau, como dispunha a Emenda Constitucional atacada, por outro, no MS n.23.780 acolheu a vedação do nepotismo aos parentes de até terceiro grau.

Ainda, no terceiro precedente, o RE n. 679.951, dispôs sobre nepotismo cruzado e a não vedação do nepotismo no que concerne a cargo político e, no quarto precedente – a ADC 12/6-DF, ambos julgados na mesma sessão, decidiu fazer da Resolução n. 7/05 do CNJ a base da Súmula Vinculante n 13, mas também dela se afastou, ao incluir na redação sumular o elemento “pessoa jurídica”.

---

CARLOS VELLOSO, que, contudo, *restou vencido e essa questão não foi discutida em nenhuma outra oportunidade*”. No MS 23780/MA, o STF entendeu pela proibição do nepotismo ao *terceiro grau, mas tudo ficou reduzido ao seu caso concreto*”. ALEGRE, José Sérgio Monte. Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo), do STF: Decifra-me ou te devoro! *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - ReRE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez, jan, fev. 2009, p. 8-9

<sup>967</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.8, jul/set. 2009, p. 86.

Igualmente, é de notório saber que a finalidade do instituto SV é apaziguar “controvérsias” que acarretem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

Contudo, no caso da SV n.13 sua edição ocorreu mesmo não havendo “controvérsia atual” a causar “grave” insegurança jurídica e “multiplicação de processos sobre questão idêntica”, vez que no primeiro precedente, a ADI n. 1521, o STF julgou a validade da Emenda Constitucional à Constituição do Estado de Rio Grande do Sul, no segundo, o MS n. 23780, analisou a interpretação das Leis n. 9.421/96 e n.8.432/92, referente a um único caso e, no terceiro precedente, o RE 579.951, analisou a demanda por meio da auto-aplicabilidade dos princípios constitucionais e no quarto precedente, a ADC 12/6–DF, resolveu estender a vedação do nepotismo, disposta pela Resolução nº 07/05 do CNJ aos demais poderes. Dessa forma, configuraram, todos eles, demandas únicas e singulares e que não envolveram nenhuma norma que estivesse causando “grave” insegurança jurídica e muito menos “multiplicação de processos sobre questão idêntica”.<sup>968</sup>

Além disso, o STF inovou a redação da SV n.13 em relação à legislação existente, inclusive em relação à vedação disposta na normativa que a embasou, a Resolução nº 07/05 do CNJ, fugindo das “interpretações desenvolvidas nos precedentes” e formulando “novas interpretações para casos que não foram tratados”, o que é “constitucionalmente inadmissível”,<sup>969</sup> criando mais controvérsias, ao invés de dirimí-las.<sup>970</sup>

Assim, o STF fugiu do seu tradicional campo de atuação - já que não atuou como simples intérprete da Constituição - “mediante hermenêutica a que estávamos habituados” e ao “agir como típico legislador positivo” e editou a SV n.13 que, ao contrário, “não interpretou direito existente, mas manifestou-se como típico ato

---

<sup>968</sup> Salvo a Resolução do CNJ que estava “causando” no Judiciário.

<sup>969</sup> MAUÉS, Antonio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.8, jul/set. 2009, p. 95.

<sup>970</sup> (...) não constitui objeto da súmula a edição de norma jurídica, aqui entendida como regra de direito dotada de generalidade e abstração, cujo objeto seja a regulação de condutas sociais. A inovação na ordem jurídica não constitui propósito da súmula vinculante. Diversamente, edita-se um enunciado vinculante exatamente para se interpretar a Lei, regra de Direito Positivo já existente. A edição da súmula pressupõe, pois, a vigência de regras jurídicas abstratas, já criadas pelo Legislador, sobre as quais haja controvérsia interpretativa. Advém a (...) crítica ao conteúdo da súmula vinculante nº 13: nos termos em que editada e redigida, a súmula desatende os contornos constitucionais que conformam o instituto, já que, ao editá-la, o Pretório Excelso agiu, (...) como Legislador Positivo, criando uma regra geral e abstrata a partir da interpretação e aplicação de princípios constitucionais (impessoalidade e moralidade) cujos conteúdos são dotados de um alto grau de vagueza semântica. FILHO, João Pereira de Andrade. *A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública*. Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 136.

normativo primário, que foi buscar fundamento de validade diretamente no texto constitucional, ou seja, no art. 37, *caput*, da Carta Federal”.<sup>971</sup>

Dessa forma, o STF, ao invés de editar uma súmula vinculante a garantir interpretação, validade e eficácia a normativas controversas, como determinam os dispositivos constitucionais e legais, reconstruiu a noção jurídica da vedação do nepotismo, por meio da SV n13 - que inovou o tema e sua limitação, a partir de uma redação nada clara e objetiva, incompatível com o que deve estear uma Súmula Vinculante.<sup>972</sup>

É o que fica ainda mais patente ao se apreciar cada um dos cinco elementos que constituem a noção de nepotismo disposta em sua redação, quais sejam, parente por *afinidade, até terceiro grau, inclusive; autoridade nomeante ou (...) servidor (...) investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento; da mesma pessoa jurídica; para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, (...) compreendido o ajuste mediante designações recíprocas.*

#### 4.2.1 Parentesco por consanguinidade e afinidade até o terceiro grau.

Primeiramente se aventa a questão quanto à vedação do nepotismo a parente por *afinidade, até terceiro grau, inclusive.*

O STF, “inovando, primariamente, na ordem jurídica”, foi além do que dispõe a lei civil brasileira, que no § 1º do artigo 1595, dispõe claramente que o parentesco por afinidade está adstrito aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro, não havendo especificação de graus e determinou pela redação da SV 13, “dentro do círculo de vedação”, que o parentesco por afinidade, no que concerne ao nepotismo, é até de terceiro grau.<sup>973</sup>

Contudo, no ramo civilista a expressão sofre duras críticas, pois a *súmula não poderia dispor diferentemente do CCB, designando como parente quem não é parente por lei. Tanto que o Ministro CARLOS BRITTO, “chegou até a propor interpretação*

<sup>971</sup> ROCHA, Zélio Maia da. Nepotismo e concurso público: critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na Administração Pública. *Revista Jurídica Consulex*, ano XII, n. 286, 15.12.2008, p. 40.

<sup>972</sup> Bem analisado o conteúdo da súmula, será possível perceber que o STF definiu, mediante escolha e valorações de cunho político, as modalidades de parentesco (consanguíneo ou por afinidade) determinou até que grau (terceiro) estendeu a vedação do nepotismo; prescreveu o âmbito espacial de aplicação da vedação (...) A matéria foi regulada de maneira ampla, descendo-se a detalhes e minúcias que refogem aos objetivos de uma súmula de caráter vinculante.” ANDRADE FILHO, João Pereira de. A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública. *Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 139

<sup>973</sup> RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 209.

conforme a fim de excluir relação de parentesco que o CC não contempla, qual seja aquela que leva para além do cunhado o vínculo da colateralidade por afinidade (nº 45, I, do seu voto na ADC – 12)”, mas, infelizmente, no segundo debate sobre a edição da SV n13, preferiu “aderir à tese da extensão ao terceiro grau, *como critério de inibição de abusos*”.<sup>974</sup>

Na realidade, o STF não apenas inovou ao criar contagem de parentesco por afinidade em grau, como também a limitou além do que seria em lei, vez que, conforme o disposto no CCB, o parentesco por afinidade seria limitado ao segundo grau da linha colateral, representado pelo irmão (ã) do cônjuge – cunhado (a).

E o mais interessante é que o tribunal em que critério se embasou o STF para escolheu este grau com limite à inibição sem estar embasado em qualquer critério efetivamente jurídico, vez que os Ministros não utilizaram qualquer método ou técnica hermenêutica a explicar os motivos de tal escolha, mas apenas reproduziram a redação da Resolução n. 05/07 do CNJ, tendo em vista que “a questão da adequação dos graus de parentesco estabelecidos no ato normativo, especialmente o problema do parentesco por afinidade até o terceiro grau”<sup>975</sup> já havia sido enfrentada quanto a ela quando do julgamento da ADC n.12/6-DF.

Assim, a SV n. 13 trouxe “inovação no mundo jurídico, qual seja, a definição do terceiro grau de parentesco por afinidade, até então, desconhecido na legislação e literatura brasileira”.<sup>976</sup>

E não é apenas isto, se a SV n.13, por um lado, alargou o parentesco por afinidade, por outro, restringiu o de consanguinidade, pois ao determinar a vedação até o seu terceiro grau, excluiu o parentesco de quarto grau (primos), previsto no Código Civil, o que também foi ocasionado pela reprodução do disposto na Resolução do CNJ quanto a esse elemento.

Assim, o parentesco “consanguíneo de quarto grau não foi considerado pelo STF como hábil a macular a indicação para a ocupação de cargos de provimento em comissão”<sup>977</sup>

---

<sup>974</sup> ALEGRE, José Sérgio Monte, Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo), do STF: Decifra-me ou te devoro! ReRE – Revista Eletônica sobre a Reforma do Estado. N. 16 – dezembro/janeiro/fevereiro 2009. Salvador- Bahia – Brasil – ISSN 1981 -1888. IBDP, p. 2.

<sup>975</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.8, jul/set. 2009, p. 93.

<sup>976</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 10, n.111, mai. 2010, p. 35.

Dessa forma, observa-se duas situações, no mínimo, irrazoáveis, provocadas pela redação da SV n.13, pois se por um lado, “um primo de uma autoridade ou servidor pode ser indicado para o exercício de cargo em comissão, sem configurar nepotismo”, por outro seu ‘ex-sogro’ não pode, “vez que, de acordo com o art. 1595 § 2º do Código Civil, na linha reta a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou união estável.”<sup>978</sup>

Assim, o STF ao desconsiderar a definição de parentesco prevista na lei civil, pelo que se extrai do teor da SV n. 13 quanto ao assunto, provocou tais incoerências e outras controvérsias.<sup>979</sup>

Dentre elas, vale destacar as dúvidas suscitadas quanto à possibilidade de nomeação anteriormente à concretização de fato impeditivo, como, por exemplo, um casamento posterior à nomeação para o exercício de cargo em comissão.

Tendo em vista a falta de clareza da Súmula quanto a este ponto, dentre outros, o que se pode dizer é que caso não haja sua devida interpretação, de acordo com os princípios, como o da razoabilidade e proporcionalidade, para solucionar a questão, serão provocadas injustiças, “pois na frieza do verbete sumular, tal situação não está devidamente esclarecida.”<sup>980</sup>

Desta feita, deve-se interpretar a questão à luz de tais princípios, tendo em vista que, apesar de a redação da SV n13 não ser clara, tem-se certo que sua “intenção não foi proibir o afeto entre os agentes públicos, mas sim que este não representasse a razão da contratação ou qualquer outra vantagem em detrimento do interesse público.”<sup>981</sup>

Ainda, vale ressaltar que o STF, seguindo a redação da Resolução n. 07/05 do CNJ<sup>982</sup>, inobservou não apenas o CCB, mas outras normativas referentes à delimitação de parentesco. Dentre elas, a única passagem da Constituição Federal “que trata de demarcação de parentesco, para efeito de inibição ou exclusão de exercício de direito político, de natureza fundamental, em detrimento de certas pessoas” onde “a Constituição é parcimoniosa e adota o limite do segundo grau (inclusive este)”, o art.

---

<sup>977</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 10, n.111, mai. 2010, p. 35.

<sup>978</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>979</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>980</sup> *Ibidem*, p. 35-36.

<sup>981</sup> BASTOS, Tatiana Quintela de Azeredo. Direitos e deveres na relação homoafetiva: uma discussão a respeito do nepotismo. Disponível em: *revista jus navegandi*. Acesso em: 03.03.13.

<sup>982</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. *Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais*. Direitos Fundamentais e Justiça. n.8, jul/set. 2009, p. 93.

14, § 7º,<sup>983</sup> o assentado no primeiro precedente sumular, a ADI n. 1521, no âmbito da qual o STF “declarou constitucional uma emenda à Constituição do Rio Grande do Sul que proibia a nomeação de parentes até o segundo grau (art. 20, §5º)”<sup>984</sup> e o princípio de hermenêutica jurídica que dispõe que “onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.”<sup>985</sup>

Diante disso, a opção do STF causou perplexidade e ensejou “dúvida séria” sobre se houve o devido processo legal, “em sentido substantivo, a que estão sujeitos todos os Poderes da República, inclusive e sobretudo o próprio STF”, guardião precípua da Constituição.<sup>986</sup>

#### 4.2.2 Parentesco com autoridade ou servidor ocupante de cargo comissionado.

Uma segunda crítica quanto à Súmula, recai quanto à expressão “*autoridade nomeante, ou de servidor (...) investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento*”.

Primeiramente, insta dizer que, conforme a redação sumular, “a mera possibilidade da influência” da autoridade ou do servidor que ocupa cargo em comissão “basta para a configuração do vício”.<sup>987</sup>

Assim, interpretando-se literalmente o dispositivo sumular, não poderá exercer cargo comissionado ou função gratificada aquele que detém “relação de consanguinidade ou afinidade com a autoridade nomeante ou com outro servidor público”<sup>988</sup> ocupante de cargo comissionado, o que não é aplicável aos vereadores, deputados federais, estaduais

---

<sup>983</sup> “São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito, ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito.” Afirma Ivan Barbosa Rigolin: “E nossa Constituição nada menciona em específico, nem remotamente, sobre o tema do emprego de parentes, e correlatos das autoridades nomeadoras, na Administração Pública. Nem uma breve referência a esse tema consta de modo explícito, ou mesmo implícito, da Carta de 1988. O assunto é-lhe por completo estranho e inusitado - como de resto o é desde a primeira Constituição brasileira, que como todas até o presente jamais se abalçou a restringir nepotismos na Administração.” Sobre o nepotismo. Uma reflexão sobre a moralidade e o moralismo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n.80, out./2007, p. 2.

<sup>984</sup> Rodrigues, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 209.

<sup>985</sup> COPOLA, Gina, O nepotismo cruzado e a súmula vinculante n. 13 do egrégio supremo tribunal federal, a improbidade administrativa – jurisprudência sobre o tema. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, julho/ 2012, p. 785-789, p.788.

<sup>986</sup> ALEGRE, José Sérgio Monte. Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo), do STF: Decifra-me ou te devoro! *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - ReRE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez, jan, fev. 2009, p. 5.

<sup>987</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 10, n.111, mai. 2010, p. 31

<sup>988</sup> ANTONIO, Alice Barroso. O Nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº 13 do STF: Críticas e Proposições, *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, jan./mar. 2009, Belo Horizonte, ano 10, n.31, p.75.

ou distritais,<sup>989</sup> magistrados e membros no Ministério Público,<sup>990</sup> quando não forem efetivamente a autoridade a nomear o seu parente<sup>991</sup>, uma vez que, não se enquadram como *servidor (...) investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento*,” pois não são servidores, mas agentes políticos, ocupantes de cargo político.

#### Exemplificando:

A nomeação de parente de um desembargador, de um procurador de justiça (ou promotor de justiça) ou de um deputado, nos lindes literais da SV 13, dificilmente constituiria nepotismo, pois a autoridade nomeante seria o presidente do Tribunal, o Procurador-Geral de Justiça ou o Presidente da Assembleia Legislativa. E como os membros destes órgãos são agentes políticos, não (...) exercendo qualquer cargo de direção, chefia ou assessoramento, impossível subsumir a prática aos termos sumulares.<sup>992</sup>

<sup>989</sup> “(...) quanto aos membros do Poder Legislativo, que também são agentes políticos, e não servidores públicos em sentido estrito, portanto, também não estaria vedada a nomeação para exercer cargo em comissão, de confiança ou função gratificada, de parentes consanguíneos e afins dos senadores, deputados e vereadores. Entretanto, o raciocínio não se aplica ao presidente da Câmara ou Senado, nem ao Prefeito, Governador ou Presidente, pois, embora sejam agentes políticos, eles são autoridades nomeantes, condição prevista expressamente no texto sumular.” *Ibidem*, p. 75.

<sup>990</sup> Por isso, se afirma que é “ (...) também excessiva restrição afastar os membros da magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas do conceito de agentes políticos, pois cada um deles, de diferentes formas, exercitam função de soberania com independência, regime jurídico peculiar e regime de responsabilidade igualmente diferenciado em relação aos demais agentes administrativos.” MODESTO, Paulo, Nepotismo em cargos político-administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, abr/jun.2013, p. 21. O que quer dizer que: “(...) aqueles que exercem as funções de direção do Estado (função de governo), integrando a estrutura constitucional (central) de cada um dos poderes. É o caso do Presidente da República, Ministros de Estado, Deputados, Senadores. Segundo o STF, também o são os Membros do Judiciário, do Ministério Público. (...)Com base nisso, podemos afirmar que enquadram-se na categoria de agentes políticos: a) titulares de mandato eletivo; b) seus auxiliares diretos (Ministros de Estado, Secretários de Estado e Secretários Municipais); c) membros do Judiciário e do Ministério Público. FILHO, João Trindade Cavalcante e LAGO, Rodrigo Pires Ferreira. A vedação ao nepotismo e as nomeações de agentes políticos - Uma análise sobre a jurisprudência do STF e a Súmula Vinculante STF nº13. *Revista Síntese de Administrativo*, v.1, n.1, (jan 2006). São Paulo: IOB – v.5, n.58. p.93-115, p. 99-100. Neste ensejo os autores explicam que: Quanto aos últimos, magistrados e membros do MP, existe relevante controvérsia doutrinária. Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2005, p. 123), Maria Sílvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2009, p. 511) e José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2007, p. 526) não os incluem entre os agentes políticos. O fundamento é que eles não são eleitos, mas recrutados por critérios técnicos. Já Hely Lopes Meirelles defendeu sempre que os juízes e promotores seriam agentes políticos, pois têm as atribuições regulamentadas constitucionalmente e exercem parcela do poder soberano do Estado (MEIRELLES, 2000, p. 84). Não se trata de uma discussão meramente acadêmica. Ao contrário: a contenda ganha relevo prático, na medida em que a consideração desses agentes como agentes políticos ou administrativos possui reflexos no regime jurídico ao qual serão submetidos. Embora esse seja um tema apenas incidental no presente trabalho, adota-se o posicionamento defendido por Hely Lopes Meirelles. Realmente, não há como deixar de reconhecer na atividade judicante ou ministerial pública o exercício de parcela do poder soberano do Estado. Ademais, a moderna hermenêutica constitucional reconhece que a atividade judicial é também política, no sentido original do termo. Os membros que exercem essas funções devem, portanto, ser enquadrados entre os agentes políticos. Nesse sentido também já se posicionou expressamente o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, RE nº 228.977, 2002). É também o que se colhe de uma interpretação literal do art. 37, XI da Constituição da República, ao se referir à remuneração dos ‘(...) membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos”. *Ibidem* p. 99-100.

<sup>991</sup> A proibição do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário decorre da Resolução n. 05/07 do CNJ e não da Súmula Vinculante da Corte Suprema, veja-se a contradição, aplicável na prática às contendas levadas à tutela jurisdicional quanto aos casos de nepotismo na administração pública, dos diversos entes federados, mesmo que muitos destes, diga-se de passagem, já haviam editado anteriormente à súmula, normativa aplicável ao âmbito de sua administração pública, destinada à vedação do nepotismo. Quanto à proibição no âmbito do MP, a mesma foi feita por meio da Resolução n. 01 do Conselho Nacional do Ministério Público – CONAMP, de 07. 11.2005.

<sup>992</sup> RODRIGUES, João Gaspar, *Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13*. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 8.



Assim, se tais autoridades em questão não forem aquele que, investido em cargo comissionado, nomeia seu parente, não haverá nepotismo, já que não são classificadas como servidor, mas como agente político, ao qual a Súmula não alcança.

#### 4.2.3 Âmbito da mesma pessoa jurídica.

A terceira crítica recai sobre a expressão *da mesma pessoa jurídica*. A questão é problemática, pois a pessoa jurídica de direito público são os próprios entes federados: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e as entidades da administração indireta e tal conceituação, no que concerne à vedação de nepotismo, se por um lado alarga o âmbito da proibição e alcança situações questionavelmente tidas como nepóticas, por outro, possibilita o nepotismo em outras situações, pois não impede a nomeação de um parente de autoridade nomeante em um dos três poderes dos entes da federação, para uma entidade da administração indireta, uma vez que esta entidade é outra pessoa jurídica.

Isso porque os Ministros desconsideraram o órgão – *tecnicamente considerado como centro despersonalizado de formação e expressão da vontade imputada à pessoa jurídica* – para ater-se pessoa jurídica, o que significa dizer *que, tudo fica acantonado à mesma pessoa jurídica, não se estendendo a outra, dela diversa*.<sup>993</sup>

A fim de explicar as situações exemplifica-se: um “servidor ocupante de cargo efetivo que seja nomeado para exercer cargo de direção no Ministério das Cidades” em Brasília, impediria, por exemplo, que seu irmão, “também servidor público ocupante de cargo efetivo, fosse nomeado para exercer cargo em comissão ou função de confiança em uma Superintendência da Polícia Federal”, mesmo que fosse em outro Estado da Federação, “em razão de ser este órgão pertencente à mesma pessoa jurídica na qual o Ministério das Cidades está entranhado”,<sup>994</sup> qual seja, a União.

Por outro lado, “o Secretário-Executivo do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão” poderia ter seu irmão nomeado para ocupar um cargo comissionado na Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, entidade da Administração Indireta vinculada ao Ministério”,<sup>995</sup> vez que não

---

<sup>993</sup> Alegre, José Sérgio Monte. *Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo)*, do STF: *Decifra-me ou te devoro!* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - ReRE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez, jan, fev. 2009, p. 8.

<sup>994</sup> FILHO, João Pereira Andrade, *A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública*. Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 142.

<sup>995</sup> *Ibidem*, p.144.

configuraria nepotismo, pois além de o Secretário não ser a autoridade nomeante, pois o seu irmão seria nomeado pelo presidente do IBGE, este é pessoa jurídica diversa da União, pois tem personalidade jurídica própria.

Desta feita, a literalidade da Súmula Vinculante leva à conclusão de que o primeiro caso seria ofensivo à Constituição e o segundo não, quando parece ser o oposto, pois no primeiro exemplo não se observa “beneficiamento familiar” e no segundo sim.

Contudo, mesmo sendo intuitivo que situações dispares não podem ser tratadas da mesma forma”,<sup>996</sup> pelas argumentações dos ministros no debate da súmula, se verifica que à *pessoa jurídica* disposta na súmula, se deu a conotação de poder, ou seja, servidor de um poder, investido em cargo de direção, chefia e assessoramento, não poderá ter parente, consanguíneo ou afim, até terceiro grau, nomeado em cargo em comissão naquele mesmo poder<sup>997</sup> pois os Ministros objetivavam com esta amplitude, mesmo acarretando situações contraditórias obstar as nomeações realizadas pelo titular do Poder Executivo que “nomeia tudo”.

Todavia, tal assentamento obsta tanto parentes de servidores públicos que detenham cargo em comissão e que sejam também servidores públicos a ascender profissionalmente, como também a outros parentes a adentrarem ao mesmo poder que seu parente é servidor ocupante de cargo comissionado (seja efetivo ou não) ou autoridade nomeante, seja nomeado só em cargo em comissão, mesmo que este parente a adentrar, seja lotado em órgão completamente diferente do órgão de seu parente, totalmente desvinculado e sem qualquer subordinação.

E sob esse prisma, “o enunciado vinculante estaria cerceando amplamente a liberdade de atuação de todos os órgãos de Poder” pois “impediria que cargos comissionados em órgãos distintos, sem relação de subordinação entre si, fossem providos por parentes”<sup>998</sup> mesmo que servidores de carreira (ocupantes de cargos efetivos) de seus respectivos órgãos.

---

<sup>996</sup> PA n. 72/2010 de 28.05.10 nos autos do processo n° 18487-185973/2010, p. 06. Disponível em [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)

<sup>997</sup> Seja no Executivo Federal (todos os Ministérios e demais órgãos do poder executivo), no Poder Judiciário Federal (toda a justiça federal, seja comum ou especializada), ou no Poder Legislativo Federal (Congresso Nacional – Câmara e Senado) e assim, nos poderes dos demais entes federados (Estados, Distrito Federal e Municípios).

<sup>998</sup> ANDRADE FILHO, João Pereira de. *A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública*. Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr., 2011, p. 142.

Situações como estas, não ferem de forma alguma o princípio da moralidade insculpido na Constituição Republicana, já que não há como servidor ocupante de cargo comissionado de um órgão, ter poder de indicação para nomeação em outro órgão, pois muitas vezes, nem a autoridade nomeante em um órgão tem este poder em relação a outro órgão.<sup>999</sup>

Também se pode pensar que a vedação ampla da Súmula, ao obstar situações esdruxulamente tidas como nepotismo, na realidade, infringe o princípio da impessoalidade, pois desde já, independente de qualquer situação, se provoca uma desigualdade quanto à qualquer parente, consanguíneo ou por afinidade, até terceiro grau, de servidor ocupante de cargo em comissão, seja este com vínculo (ocupante de cargo efetivo também) ou sem vínculo (ocupante só de cargo comissionado), de poder ser nomeado no mesmo poder em que seu parente está lotado.

Isto é uma infração ao princípio da impessoalidade, é um cerceamento da liberdade deste cidadão, só por ele ser parente do outro, o que foi lembrado, inclusive no primeiro precedente da SV n.13: “Efetivamente não seria admissível que, no regime democrático, se impedisse determinada parcela de cidadãos de participar do serviço público, tão-só, pelo fato de manterem algum vínculo de parentesco com autoridades dos Três Poderes.”<sup>1000</sup>

O que se deve ter em mente é que, se por um lado “não é admissível aceitar que haja benefícios e confortos evidentes e decorrentes do grau de parentesco ou do vínculo conjugal”, por outro, não se pode “estigmatizar o indivíduo por ser parente de alguém”, o que se deve, então “é evitar a concessão de facilidades decorrentes do berço ou dos laços de sangue ou do vínculo uxório ou marital”.<sup>1001</sup>

Diante disto, o que se pode dizer é que o STF, “por não se basear em um exame cuidadoso dos casos e diante das óbvias dificuldades de estabelecer uma regra geral para a questão, escolheu usar o termo ‘pessoa jurídica’ no enunciado da SV

---

<sup>999</sup> E diga-se mais, dependendo do cargo de direção e assessoramento superior (DAS no Poder Executivo Federal) que o servidor ocupa, ele mal tem como se “segurar” no cargo, muito menos indicar parente para cargo comissionado, mesmo no próprio órgão.

<sup>1000</sup> Neri da Silveira, voto da ADI 1-521-4, precedente da Súmula, fl. 148.

<sup>1001</sup> ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa, ORTIZ, Laudson Cruz. Súmula Vinculante n. 13 e o combate ao nepotismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* – RDCI, n. 75 2011, p. 104

n.13”,<sup>1002</sup> que tão logo notado, foi questionado,<sup>1003</sup> vez que está a violar a impessoalidade e a moralidade que nortearam o próprio enunciado vinculante.

#### 4.2.4 Nomeação de parente para cargo em comissão ou função de confiança.

Uma quarta crítica é que se proíbe a nomeação de parente para *cargo em comissão ou função de confiança*, da qual decorrem três questões problemáticas, a primeira, referente ao fato de que a nomeação para cargo político não foi vedada; a segunda, concernente ao fato de que os servidores efetivos, parentes do outro servidor que ocupa cargo comissionado, não poderiam de forma alguma ocupar cargo comissionado também e; a terceira, de que a vedação abarca também os servidores efetivos designados para exercerem função de confiança.

Assim, primeiramente, faz-se imprescindível diferenciar o cargo em comissão - de natureza administrativa - do cargo político. Enquanto o primeiro integra a estrutura da administração, vinculado ao “cumprimento de diretrizes e determinada finalidade pré-fixada”,<sup>1004</sup> o segundo é de governo, envolve “atividade primária, de escolha, de decisão (...)”,<sup>1005</sup> sendo ocupados, respectivamente, por servidores - que são regidos pelo regime jurídico estatutário geral e por os agentes políticos, que “têm seus direitos e obrigações estabelecidos diretamente pela Constituição Federal”,<sup>1006</sup> diferenciados também quanto ao regime remuneratório e à responsabilização por atos ilícitos.<sup>1007</sup>

Assim, a SV n.13 não alcança os Ministros de Estado, Secretários de Estados e Distritais, bem como Secretários Municipais, uma vez que ocupantes de cargos políticos e desempenham funções “nitidamente superiores, mais abstratas, mais políticas, menos

---

<sup>1002</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. *Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais*. Direitos Fundamentais e Justiça. n.8, jul/set. 2009, p.94.

<sup>1003</sup> Por meio da Reclamação n. 6838 proposta pelo Procurador-Geral da República - PGR.

<sup>1004</sup> MAUÉS, Antônio Moreira, *Op. cit.*, p.97.

<sup>1005</sup> FILHO, João Trindade Cavalcanti e, LAGO, Rodrigo Pires Ferreira, *A vedação ao Nepotismo e as Nomeações de Agentes Políticos – Uma análise sobre a Jurisprudência do STF e a Súmula Vinculante STF nº 13*. Revista Síntese Direito Administrativo. v. 5, n. 58, out.2010, p.97.

<sup>1006</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>1007</sup> “ (...)até mesmo o regime remuneratório é diferente. Enquanto os agentes políticos – incluídos, expressamente, os Ministros de Estado (art. 39, §4º, da CR/88) – devem ser remunerados por regime de subsídio, os agentes administrativos percebem sua contraprestação pecuniária, em regra, pelo sistema de remuneração.” 106 “Também a responsabilização por atos ilícitos praticados no exercício da função é distinta, caso se trate de agente político ou administrativo. Os Ministros de Estado respondem por crime de responsabilidade perante o Senado Federal, ou perante o Supremo Tribunal Federal, caso o ato, respectivamente, seja ou não conexo com o Presidente ou Vice-Presidente da República. E esse foro diferenciado se justifica exatamente por serem agentes políticos. Já os agentes administrativos podem ser responsabilizados por improbidade administrativa, nos termos do art. 37, §4º, da Constituição da República. Esse regime de responsabilização, em geral, não se aplica aos agentes políticos, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal.” *Ibidem*, p. 105

vinculadas e mais ligadas à função governativa”, voltadas a auxiliar na direção superior da administração federal”<sup>1008</sup>.

Ou seja, nos termos já dispostos por Carlos Ayres Britto, os cargos comissionados são “singelamente administrativo” e os cargos políticos, são de governo, sendo esta a fundamentação constitucional utilizadas pelos Ministros para diferenciar a aplicação do nepotismo quanto aos primeiros e não aos segundos.

Então, na realidade, a diferença se deriva da natureza diversa dos cargos, pois enquanto o cargo em comissão é administrativo, “espécie do gênero cargo público (em sentido estrito)”, os cargos ocupados pelos Ministros são considerados cargos políticos de natureza especial, que exige do seu ocupante que esteja no pleno gozo dos direitos políticos, o que já denota o caráter político que caracteriza a função.<sup>1009</sup>

Desta forma, a questão de a Súmula proibir a nomeação do parente do servidor ou da autoridade nomeante para o exercício *de cargo em comissão ou de confiança*, mas não vedar a nomeação agente político, como observado no próprio debate da súmula, bem como em votos dos ministros nos precedentes da mesma, não alcança a nomeação de parente de autoridade nomeante para agente político, podendo os chefes dos poderes executivos de cada um dos respectivos entes federados, nomear parente para ser seus respectivos Ministro ou Secretário Estadual, Distrital ou Federal, já que seriam agentes políticos e não servidores ocupantes de cargo em comissão.

Segundo as razões apresentadas pelos Ministros do STF, tal situação não se qualificaria como nepotica, pois esta só seria verificada quando o parente fosse indicando/nomeado em cargo comissionado, o que é sintetizado pela seguinte exposição “não se pode considerar para a análise da questão posta apenas o contido no artigo 37 da Constituição da República, para concluir que toda a nomeação de parente ofende o princípio da impessoalidade. A nomeação para cargos de agentes políticos é diferenciada e deve reger-se pelo seu regime próprio.”<sup>1010</sup>

Tanto foi assentado pelo STF que os agentes políticos estariam fora de sua aplicabilidade, que o então presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, a fim de

---

<sup>1008</sup> FILHO CAVALCANTI João Trindade e, LAGO, Rodrigo Pires Ferreira, A vedação ao Nepotismo e as Nomeações de Agentes Políticos – Uma análise sobre a Jurisprudência do STF e a Súmula Vinculante STF nº 13. *Revista Síntese Direito Administrativo*. v. 5, n. 58, out.2010, p.103 – 104.

<sup>1009</sup> *Ibidem*, p. 104. Mas aqui há de se notar que, da mesma forma que provimento dos cargos em comissão é excepcional, já que a regra é o provimento por concurso público, a investidura dos Ministros e Secretários, sejam estes Estaduais, Distritais ou Municipais também é excepcional, pois por *ad nutum* e não por eleição, que é a regra, neste caso.

<sup>1010</sup> *Ibidem*, p. 107.

justificar essa “contraditória hermenêutica da Corte de Justiça sobre a matéria” procurou legitimá-la como uma “hipótese de exceção à regra” por meio do exemplo dos irmãos Kennedy, o que, na realidade, ratificou “que ainda não superamos a velha e discutível a velha filosofia tupiniquim de que ‘o que foi uma vez bom para os Estados Unidos, é bom também para o Brasil’(...)”<sup>1011</sup>.

Além de o argumento ser “anti-republicano, desprovido de lógica”, também “ofende os princípios da razoabilidade e da isonomia”, pois não se vislumbra qualquer lógica jurídica ou razoabilidade em não se reconhecer nepotismo quanto aos cargos políticos, vez que gozam “de um maior grau de confiança dos que os demais ocupantes de cargos comissionados” e como estes últimos, ocupam cargos e funções de livre escolha, gozando também “da estrita confiança da autoridade nomeante”.<sup>1012</sup>

A continuidade do raciocínio é a seguinte:

(...) cabe ao Chefe do Poder Executivo nomear os titulares destes cargos, que são também demissíveis **ad nutum**. E tem que ser assim. Não poderiam eles ser objeto de eleição, porquanto os seus titulares devem estar em perfeita sintonia com o Presidente da República, o Governador ou o Prefeito, conforme o caso. Trata-se, sem dúvida, de uma transferência de poder político. (...) Tem-se, portanto, que os integrantes do denominado primeiro escalão do governo, e que não são eleitos, exercem as suas funções como espécie de delegação de poder político pelo mandatário. Essa circunstância lhes confere característica peculiar. E daí não se vedar, por si só, a nomeação<sup>1013</sup> (grifos nossos).

Mas justamente por haver “transferência de poder”, isto seria tão imoral quanto o nepotismo, podendo ensejar até o “monopólio de uma mesma família na cúpula de um governo”.

Também quanto a esta possível nomeação não convence a argumentação de que: “o regime jurídico dos agentes políticos justifica escolhas com a mais ampla discricionariedade possível, segundo critérios realmente políticos, podendo a escolha recair, inclusive, em parentes (...)”<sup>1014</sup> porque é pior ainda a indicação para o cargo político, “que ajuda a formar a vontade superior do governo”, sendo sua vinculação

---

<sup>1011</sup> LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. *Supremo Tribunal Federal e o Nepotismo Top*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 5, n. 26, out/nov. 2008, p. 23.

<sup>1012</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>1013</sup> CAVALCANTI FILHO, João Trindade e, LAGO, Rodrigo Pires Ferreira, *A vedação ao Nepotismo e as Nomeações de Agentes Políticos – Uma análise sobre a Jurisprudência do STF e a Súmula Vinculante STF nº 13*. Revista Síntese Direito Administrativo. v. 5, n. 58, out.2010, p. 108 - 109.

<sup>1014</sup> *Ibidem*, p. 110.

“política e não profissional (administrativa)”,<sup>1015</sup> vez que enseja ainda mais a dominação do Estado pela “entidade familiar”.

Exemplificando: “o prefeito municipal não poderia nomear a sua esposa para o cargo de diretora de estabelecimento escolar, mas poderia nomeá-la para Secretária Municipal de Educação. Não poderia nomear o irmão motorista, mas poderia nomeá-lo Secretário de Transportes”. Servindo a vedação da SV n.13 para menos, mas não para mais, vez que a proibição do nepotismo “(...) entre nós, parece dirigir-se para os cargos de segundo escalão e alcançar apenas o servidor barnabé, integrante dos extratos administrativos mais singelos, atribuindo-se aos escalões elevados da administração pública a qualidade de serem compostos por cargos de provimento exclusivamente político.”<sup>1016</sup>

O certo é que é imoralidade se nomear parente com agente político tanto quanto em cargo comissionado, ou é até pior, vez que:

(...) o princípio constitucional da moralidade administrativa, densificado pela noção de função pública, persiste encarecido com a consciência jurídica de que há uma relação fiduciária (...) que se investe todo aquele que exerce uma função pública – pois o fazem em nome de terceiro, da coletividade – e sobretudo aos chefes do executivo (Presidente de República, Governadores, Prefeitos), e portanto, igualmente é exigível a adequação do comportamento deles a um padrão objetivo de honestidade, transparência e impessoalidade, o que impede – por muito mais razão, pois os chefes do executivo encontra-se no ápice da relação hierárquica deste Poder – que nomeiem para os cargos de Ministros e Secretários os seus parentes e até mesmo parentes de outros agentes públicos integrantes de outro Poder (nepotismo cruzado). (...) vige a noção jurídica de que o exercício da missão pública não se realiza para a satisfação de um interesse próprio, mas em cumprimento dos deveres que surgem da relação de confiança decorrente do princípio republicano (a elementar noção de coisa pública).<sup>1017</sup>

Tais razões são bastantes a combater o nepotismo junto aos cargos políticos em qualquer esfera dos Poderes do Estado, sendo exatamente essa a compreensão que se deve ter na análise das nomeações para cargos de agentes políticos, pois muito embora “não se extraia da norma constitucional vedação absoluta para que esta recaia sobre algum parente do governante” é preciso investigar não apenas a legalidade do ato, mas

---

<sup>1015</sup> RODRIGUES, João Gaspar. *Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13*. In: Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 217.

<sup>1016</sup> MODESTO, Paulo, Nepotismo em cargos político-administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, abr/jun.2013, p. 12

<sup>1017</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca, Controle judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2008, p. 235-252. P. 248, 249.

também a sua legitimidade. De forma a “repudiar todo o ato que, embora revestido de suposta legalidade, não se mostre conforme o Direito, tornando-o ilegítimo”.<sup>1018</sup>

Assim, a redação da Súmula Vinculante trouxe à Administração Pública brasileira casos esdrúxulos, pois se por um lado, um servidor efetivo, ocupante de um cargo em comissão no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome em Brasília, não pode ter uma tia nomeada para cargo em comissão na Superintendência Federal de Agricultura no Estado do Sergipe, por outro, um prefeito nomear um irmão como Secretário de Saúde do Município e a sogra como Secretária de Educação Municipal.<sup>1019</sup>

Mas isto configura imenso risco à aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa, que constitucionalmente exposto, vincula a Administração Pública com um todo, ou seja, não só quanto aos cargos comissionados, mas também os políticos nomeados da mesma forma, ou seja, pela aplicabilidade do poder discricionário, não se podendo admitir que tal “exceção converta-se em regra” permitindo “manobras triviais destinadas a favorecer relações de parentesco nos cargos mais elevados do Estado, em

---

<sup>1018</sup> FILHO, João Trindade Cavalcanti e, LAGO, Rodrigo Pires Ferreira, *A vedação ao Nepotismo e as Nomeações de Agentes Políticos – Uma análise sobre a Jurisprudência do STF e a Súmula Vinculante STF nº 13*. Revista Síntese Direito Administrativo. v. 5, n. 58, out.2010,p. 112.

<sup>1019</sup> Conforme Alegre, a sintetiza toda a questão ora disposta da seguinte forma:(...) um parente não pode nomear seu próprio parente, não importa a sua qualificação e retidão moral, mas pode nomear os de outros, inclusive seus amigos, filhos, parentes e aderentes, ainda quando desqualificados e de duvidosa moralidade!!! E os agentes políticos, justamente aqueles que têm a responsabilidade gravíssima de definir os rumos do governo, de decidir a qualidade de vida de um povo inteiro, bem, estes podem nomear parentes à vontade (...) E, assim, (...) a Súmula é impotente, inapta mesmo, para coibir o tratamento favorecido por parte de agentes públicos, por conta de relações de “afeto pessoal”. (...) há insuficiência, o que também contraria o princípio da proporcionalidade/razoabilidade (...) Com efeito, custa entender a lógica do razoável que presidiu a distinção entre agente administrativo e agente político, *para dar tratamento favorecido a este último*. A distinção é, sem dúvida, rigorosamente técnica. Contudo, o seu resultado é desastroso! (...) E aí é que está a perplexidade. Se é deles que mais se deve exigir, especialmente no plano do comportamento da excelência ética, então como entender que, no caso da nomeação de parentes, viola a Constituição a nomeação daqueles que o sejam na qualidade de agentes somente administrativos e *não também no caso de agentes políticos*? Quem é mais importante na escala do poder? Aquele que exerce funções de Governo, que define as diretrizes e metas *a serem buscadas administrativamente*, ou aqueles que apenas se *limitam* a executar tais metas e diretrizes? Então, é honesto deixar de nomear mulher, filhos, sobrinhos, companheira, pai, mãe, avós, para cargos de pequena expressão, na Administração Pública, inclusive de menor repercussão financeira, não importando a boa qualificação que possam ostentar, mas é honesto fazê-lo para cargo de Ministro de Estado, Secretário de Estado ou de Município? ALEGRE, José Sérgio Monte. Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo), do STF: Decifra-me ou te devoro! *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - ReRE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez, jan, fev. 2009, p.18. Esse também é o entendimento de Arakaki: “No que tange então aos cargos políticos, como de Secretário ou Ministro do Poder Executivo, pode ser nomeado o parente da autoridade nomeante. A título de exemplo, pode-se dizer que o Governador pode nomear seu irmão como Secretário Estadual de Segurança Pública e/ou a sua mulher como Secretária de Transporte em razão da natureza política do próprio cargo, visto que foge às hipóteses previstas na redação sumular, segundo entendimento esposado pelo STF”. ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa e ORTIZ, Laudson Cruz, *Súmula Vinculante 13 e o combate ao nepotismo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, abr/jun., p.113. João José Leal também exemplifica na mesma linha: “(...) é legítima a nomeação de parentes próximos ‘para cargos políticos, exercidos por agentes políticos’. Ou seja, na esfera da administração municipal, o prefeito poderia nomear filhos, irmãos, cônjuges ou sobrinhos para exercer o cargo de secretário municipal. A mesma exceção valeria para permitir que o presidente da República e os governadores possam nomear parentes para exercer a ‘função política’ de ministros federais e secretários estaduais, respectivamente.” LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. Supremo Tribunal Federal e o Nepotismo Top. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, ano v, n. 26, p. 18-24, out.nov/2008, p.22.



desfavor da meritocracia e da seriedade exigidas na gestão pública,”<sup>1020</sup> além de reacender “o debate sobre o alcance do conteúdo dos atos políticos”, cujo entendimento, atualmente, “é no sentido de que nenhuma categoria de ato está excluída da observância da Constituição e, principalmente, dos princípios administrativos”.<sup>1021</sup>

Assim, não se justifica, racionalmente, “a exclusão dos agentes políticos, Ministros e Secretários de Estados, Distrito Federal e Municípios, da regra estabelecida para o nepotismo”, pois quando “o Chefe do Executivo Municipal nomeia um irmão para ocupar o cargo de Secretário de Saúde do Município obviamente que se configura o nepotismo, com a presença dos dois aspectos, o objetivo e o subjetivo”, não havendo, portanto, “motivo de excluí-lo da regra geral, uma vez que houve a violação dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa”.<sup>1022</sup>

Em verdade, a “exclusão dos mencionados agentes políticos do alcance da súmula vinculante n. 13 revela um contrassenso em total desacordo com a moderna doutrina dos atos políticos”, bem como o “desconhecimento da Suprema Corte dos reais problemas enfrentados nos milhares de municípios brasileiros, no que concerne à prática do nepotismo” onde o “beneficiamento de parentes com cargos de primeiro escalão de governo” é nefasto, às Administrações Públicas locais.<sup>1023</sup>

Por isso, a ação do STF em excepcioná-los, além de ser preocupante, é perigosa, profundamente lamentável, ao ensejar, na prática, a seguinte situação:

para a maioria dos cargos comissionados, a nomeação de parentes próximos estaria proibida por ofender os princípios da moralidade e da impessoalidade; no entanto, para os chamados cargos políticos a nomeação de parentes seria lícita e não ofenderia a estes dois princípios constitucionais tão importantes para a condução da administração pública brasileira de forma mais eficiente e segundo os preceitos da ética.<sup>1024</sup>

Tal entendimento ocasiona:

---

<sup>1020</sup> MODESTO, Paulo, Nepotismo em cargos político-administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, abr/jun.2013, p. 12. Tanto, que o autor ainda exemplifica, “No interior do Brasil, e em Estados relevantes, parentes estão sendo nomeados Secretários para ajustar a estrutura administrativa aos padrões decisórios do STF e aparentar o cumprimento à Súmula Vinculante n. 13. (...) o prefeito de Curitiba, Gustavo Fruet (PDT), nomeou a esposa, Márcia Fruet, para comandar a Fundação de Ação Social (...) e a irmã, Eleonora Fruet, para assumir a Secretaria de Finanças. Em Manga (MG) o prefeito Anastácio Guedes (PT) designou três parentes para o primeiro escalão do governo: o cunhado assumiu a Secretaria de Agricultura Familiar; a cunhada, a Secretaria de Assistência Social; e o sobrinho, a Secretaria de Administração. Investido na prefeitura de Manaus, o ex-senador Arthur Virgílio nomeou a mulher, Goreth Garcia para a Secretaria de Assistência Social.” p.13

<sup>1021</sup> RODRIGUES, João Gaspar. *Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13*. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p.218.

<sup>1022</sup> *Ibidem*, p.218.

<sup>1023</sup> *Ibidem*, p. 218

<sup>1024</sup> LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. *Supremo Tribunal Federal e o Nepotismo Top*. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v. 5, n. 26, out/nov. 2008, p. 23.

sério risco de conviver com nocivos clãs encastelados na administrações estaduais, municipais e federal. Todos respaldados por essa contraditória hermenêutica sumular da Suprema Corte. Prefeitos e governadores deste país agora confortados por esse entendimento jurisprudencial manterão seus parentes na elevada função comissionada de secretários municipais e estaduais.<sup>1025</sup>

Mas há de se questionar, como se pode aceitar, juridicamente, tal diferenciação entre as duas situações, sendo uma configurada como “perniciosa à vida da administração pública, por ser imoral, ilegítima e ofensiva aos princípios constitucionais já referidos e outra perfeitamente lícita, compatível com tais princípios”, pois a “ação nepótica, em qualquer situação apresentada, tem a mesma natureza antiética”,<sup>1026</sup> infringindo da mesma maneira e os princípios constitucionais consagrados no artigo 37 da CF, não sendo, portanto, possível, dividir o nepotismo em duas classificações opostas, um legítima e outra ilegítima, o que seria, contraditoriamente, ofensivo ao princípio da igualdade.<sup>1027</sup>

No mínimo, a “interpretação dada pelo STF revela-se desprovida de um exame acurado das definições inseridas no texto da Súmula.”<sup>1028</sup>

Por fim, vale ressaltar que tal entendimento do STF, expresso no quarto precedente da SV n.13, foi reafirmado quando na RCL n. 6.650 MC – AgR/PR,<sup>1029</sup> suspendeu decisão judicial<sup>1030</sup> que anulava a nomeação de irmão<sup>1031</sup> do então Governador do Estado do Paraná, Roberto Requião, para o cargo de Secretário Estadual de Transporte, sob o argumento de que essa situação não estava vedada pela SV n.13<sup>1032</sup>, tendo em vista o RE n. 579.951/RN, precedente da citada SV, que autorizou a distinção dos agentes políticos.<sup>1033</sup>

<sup>1025</sup> LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. *Supremo Tribunal Federal e o Nepotismo Top*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 5, n. 26, out/nov. 2008, p. 23.

<sup>1026</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>1027</sup> “ (...) não podemos compreender que o STF venha a dar uma interpretação ambígua ao conteúdo normativo dos princípios constitucionais aqui examinados para admitir a existência de duas formas de nepotismo, uma legítima e outra ilegítima.” *Ibidem*, p. 24. “Como decorrência dessa hermenêutica sustentada pelo STF tem-se, na prática, duas modalidades de nepotismo: o nepotismo ilícito (ofensivo aos princípios constitucionais já referidos) e outro perfeitamente lícito (compatível com tais princípios). Além disso, esse entendimento jurisprudencial tem estimulado a que muitos prefeitos e governadores criem novas secretarias com o intuito de promover seus familiares de funções comissionadas subalternas para cargos de natureza política no primeiro escalão da Administração Pública, migrando do nepotismo ilícito para o nepotismo lícito.” Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 218.

<sup>1028</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. *Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF*. Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte, ano 10, n.111, mai. 2010, p. 36.

<sup>1029</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 6650 – MC – AgR/PR, Relatora: Ministra Ellen Gracie, publicada no Dje 222, 20.11.2008. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 11.02.14.

<sup>1030</sup> Do juízo de Direito da Primeira Vara da Fazenda Pública, Falências e Concordatas do Fórum Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba/PR, nos autos da Ação Popular n. 2.424/2008.

<sup>1031</sup> Eduardo Requião de Mello e Silva

<sup>1032</sup> A liminar foi deferida monocraticamente pelo Ministro Cezar Peluso e publicada no Dje n.184, de 29.07.2008, sendo registrado que a nomeação do irmão do Governador como titular da autarquia designada Administração dos

Interessante ressaltar, que apesar de o Ministro Ricardo Lewandowski, um dos maiores defensores da SV n.13, ter afirmado no julgamento da liminar da Reclamação que: “É preciso examinar caso a caso para verificar se houve fraude à lei ou nepotismo cruzado, que poderia ensejar a anulação do ato”,<sup>1034</sup> o STF, mesmo tendo conhecimento da dissimulação em questão, vez que o irmão do Governador foi nomeado para o cargo político de Secretário Estadual para poder cumular o cargo comissionado de direção de autarquia, entendeu pela inaplicabilidade da SV n.13 ao caso, o que ocasionou a proposição de diversas outras Reclamações, com base nesse julgado e no citado RE, precedente sumular, o que posteriormente, ensejou ao STF rever seu posicionamento como se verá.

O que parece é que estamos a “conviver com uma forma mais selecionada, sofisticada e elitizado do nepotismo (...) nepotismo top” por meio do qual, ocorrem nomeações de parentela de autoridades para cargos políticos.

Mas não é, justamente, nas nomeações para os cargos do primeiro escalão da administração pública, que a prática nepótica apresenta um maior grau de imoralidade e perniciosidade? Pois “a partilha entre membros do clã familiar, de cargos em provimento sem concurso público, além do seu caráter imoral e da ausência do requisito da impessoalidade na escolha, é a que mais profundamente ofende os princípios da eficiência e da igualdade”? Sendo fato público e notório que o critério de escolha não é a capacidade, nem a aptidão para o trabalho, “mas a identidade de sangue que corre nas veias do mandatário e de seu parente protegido.”<sup>1035</sup>

Não se pode preparar um lenitivo à margem do mal que se busca combater, esse sim é um caso de controvérsia, insegurança jurídica, múltiplos processos que deveria ter sido vedado por SV.

Mas não é só, a segunda problemática é que de acordo com a literalidade da SV n.13, até os servidores efetivos que são parentes do outro servidor que ocupa cargo

---

Portos de Paranaguá e Antonina deveria ser analisada quando do julgamento do mérito da reclamação. Dessa forma a matéria foi a Plenário, quando se verificou que o intuito na nomeação do irmão do Governador para Secretário de Transportes tinha como objetivo encobrir a nomeação do mesmo, confirmado pela publicação do Decreto Estadual n. 3.348/2008, dissimulando a aplicabilidade da SV n.13 ao caso.

<sup>1033</sup> A Relatora, Ministra Ellen Gracie, votou pela manutenção da decisão liminar com esteio nesse precedente e a maioria dos Ministros a acompanhou.

<sup>1034</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 6650 – MC – AgR/PR, Relatora: Ministra Ellen Gracie, publicada no Dje 222, 20.11.2008. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 11.02.14.

<sup>1035</sup> LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José, Supremo Tribunal Federal e o Nepotismo Top. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v. 5, n. 26, out/nov. 2008, p. 24.

comissionado, não poderiam de forma alguma ocupar cargo comissionado também.<sup>1036</sup> Isto traduz séria discriminação sofrida pelos servidores efetivos, devido à sua parentela, o que, contraria diretamente o disposto pelo princípio da impessoalidade, que rege a Administração Pública e pode, até mesmo, configurar “um tipo de perseguição qualificada pelo grau de parentesco com algum agente público”.<sup>1037</sup>

Primar pela impessoalidade no serviço público, passa objetividade e transparência na ocupação de cargos em comissão, mas não significa vedar a ocupação de cargos comissionados por todos que forem parentes uns dos outros, indistintamente, o que “pode representar um radicalismo pouco saudável”.<sup>1038</sup>

Radicalismo esse que obsta a aplicação da meritocracia ao servidor efetivo, visto que o impede de ser nomeado em qualquer cargo de direção, chefia ou assessoramento por mérito próprio, pois a Súmula presumiu que o alcance ao cargo comissionado de servidor efetivo, que é parente daquele que é apenas ocupante de cargo comissionado, ocorrerá tão somente devido ao vínculo familiar e não por sua eficiência, invertendo, nesse caso, o brocado do princípio da inocência.

Tal fato, ainda, obsta a efetivação também do princípio da eficiência, vez que veda o acesso ao cargo àquele servidor que tem parente comissionado, mesmo que detenha capacidade técnica e perfil adequado para tanto.

Ainda viola o princípio da igualdade, ao discriminar<sup>1039</sup> tais servidores frente aos demais servidores e aos cidadãos,<sup>1040</sup> pois a SV n. 13, ao dispor “um critério objetivo para avaliar algo eminentemente subjetivo”, trata igualmente os desiguais, colocando

---

<sup>1036</sup> “Se o servidor público parente, por afinidade ou consanguinidade, da autoridade nomeante ou de outro servidor público de confiança é titular de cargo efetivo, mas está exercendo cargo comissionado ou função gratificada, enquadra-se na vedação da Súmula e, por isso mesmo, deve retornar ao exercício apenas do seu cargo efetivo, que não é afetado em virtude das relações de parentesco.” ANTONIO, Alice Barroso. O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante n. 13 do STF: críticas e proposições. *Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 10, n. 32, p. 61-84, jan./mar. 2009, p.73.

<sup>1037</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 10, n.111, mai. 2010, p. 33.

<sup>1038</sup> *Ibidem*, p.33.

<sup>1039</sup> “Indevida a presunção de que todo parente de agente publico ingressa em cargos de comissão ou funções de confiança, apenas em virtude de seu vínculo familiar, sem preencher qualquer outra condição para o exercício do serviço público. Tal análise é preconceituosa (...).” O que não condiz com o que o próprio STF firmou pelo MI n. 58, D.J de 19.04.91 que “O princípio da isonomia (...) deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios.” ANTONIO, Alice Barroso, O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº13 do STF: críticas e proposições. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*. Belo Horizonte, v. 10, n.31, jan/mar 2009, p. 79.

<sup>1040</sup> CABRAL NETO, Cirino Adolfo. A resolução n. 07/05 do Conselho Nacional de Justiça e seus efeitos na administração pública municipal. *Revista Zenite de Direito Administrativo e LRF – IDAF*, ano VII, n. 78, jan. 2007/2008, p. 531-536, p. 533

todos “em uma vala comum, na medida em que a avaliação” é feita “em razão da existência de vínculo familiar e não em decorrência do mérito do servidor”<sup>1041</sup>

Contudo, se de um lado “é imoral contratar alguém apenas em razão do seu vínculo com o administrador, seria igualmente errado demiti-lo tão somente por esse fato”<sup>1042</sup>, vez que “o simples fato objetivo do parentesco não configura o nepotismo”, mas a consequente violação dos princípios da moralidade e impessoalidade, dentre outros, “pois não há lei que proíba expressamente tal contratação, nem ela está vedada pelos princípios gerais de direito”<sup>1043</sup>, e, diga-se mais, tal proibição fere direito constitucional e humano desta pessoa ao acesso à função administrativa”.<sup>1044</sup>

Diante disso, constata-se que tal situação demanda esforço interpretativo, pois, se por um lado, “não é razoável impor limites ao desenvolvimento profissional de servidores efetivos, pelo simples fato de serem parentes, por vezes, sem qualquer vínculo afetivo” por outro, imprescindível preservar a Administração Pública do nepotismo por meio da proibição de parentes “trabalharem sob a subordinação de um ao outro, fato que poderia gerar incompatibilidade e controvérsias no desempenho probado dos cargos ocupados”.<sup>1045</sup>

E a terceira, referente ao fato de que a vedação também proíbe que os servidores efetivos, parentes da autoridade nomeante ou de servidor que ocupa tão somente cargo comissionado, sejam designados à função de confiança.

Como é de notório saber, o exercício da função de confiança é destinado apenas aos servidores efetivos, nos termos do artigo 37, inciso V, da Constituição Federal<sup>1046</sup>, vez que mesmo sendo, como os cargos em comissão, preenchidas “pela escolha da autoridade competente” deste último se difere pois “é imperioso que o nomeado seja do quadro interno da Administração Pública.”<sup>1047</sup>

---

<sup>1041</sup> PÉRES, Taynah Litaiff Isper Abrahim Carpinteiro, SILVA, Adriana Carla de Souza. Súmula vinculante n. 13: a “estrada dos tijolos amarelos” do funcionalismo público brasileiro. *Revista jus navegandi*. 10/2012

<sup>1042</sup> *Ibidem*.

<sup>1043</sup> POZZO, Antônio Arnaldo dal., O nepotismo no Poder Executivo. *Boletim de Direito Municipal – BDM*, n. 8, ano XXIV, ago./2008.

<sup>1044</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa, Sobre o nepotismo. Uma reflexão sobre a moralidade e o moralismo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n.80, out./2007, p. 2.

<sup>1045</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 10, n.111, mai. 2010, p. 36

<sup>1046</sup> *Verbis*: “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, (...)”.

<sup>1047</sup> ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa e ORTIZ, Laudson Cruz, Súmula Vinculante 13 e o combate ao nepotismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, abr/jun. 2011, p. 112.

Desta feita, pela literalidade da Súmula, chega-se ao absurdo de que o marido, ocupante de cargo comissionado na Controladoria-Geral da União em Brasília, obsta que sua esposa, servidora efetiva, seja designada à função de confiança na Superintendência Federal de Agricultura no Distrito Federal, vez que tal situação configuraria nepotismo, conforme a literalidade da SV n.13, pois ambos, mesmo sendo lotados em órgãos diversos e de carreiras distintas, sem qualquer vinculação ou hierarquia, são da mesma pessoa jurídica (poder executivo federal, conforme a leitura dos Ministros).

É por situações estremadas como esta que é imprescindível a análise de cada caso concreto, “perquirindo suas especificidades, suas finalidades e seus efeitos”, o que não se garante por meio de “controle apriorístico feito pela edição de normas e sumulas gerais e abstratas aplicáveis a todas as hipóteses indefinidamente, mas sim pelo exame apurado de cada situação fática.”<sup>1048</sup>

#### *4.2.5 Nepotismo Cruzado.*

Uma quinta crítica à Súmula é quanto à vedação sobre o nepotismo cruzado, pois o mesmo se qualifica por designações recíprocas, realizadas mediante acordo entre as autoridades nomeante, ou seja, uma autoridade nomeia parente de outra, em troca desta, nomear também, parente seu. O que significa dizer que: quando uma autoridade de um poder tem parente nomeado em cargo comissionado de outro poder, sem que tenha havido designação recíproca, não existe nepotismo.

Então, se o prefeito de um município nomeia parente de um vereador, presidente da Câmara Municipal, para exercer as funções de um cargo comissionado no poder executivo municipal, isto não é nepotismo, a uma porque o vereador – presidente da Câmara - parente - não é a autoridade nomeante de seu parente e a duas, porque ele, não nomeou nenhum parente do prefeito,<sup>1049</sup> não configurando o nepotismo cruzado.

Outro enfoque a se levantar é que para se configurar o dito nepotismo cruzado, há de ser provado o ajuste, o que na prática é extremamente complexo, sendo “árido identificá-los e, sobretudo, comprovar a existência deles, pois podem assumir

---

<sup>1048</sup> ANTONIO, Alice Barroso, O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº13 do STF: críticas e proposições. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*. Belo Horizonte, v. 10, n.31, jan/mar 2009, p. 83.

<sup>1049</sup> O que configuraria designação recíproca e, portanto, nepotismo cruzado.

formas extremamente complexas e contornos tênues a fim de resguardar a sua prática.”<sup>1050</sup>

Ainda, vale questionar, e se fossem feitas sucessivas nomeações “entre três ou mais autoridades nomeantes sem cruzamento?” Como no caso de “um Desembargador, o Governador e um Conselheiro do TCE, que possuem cargos comissionados para serem preenchidos por sua nomeação. Pois bem, os três, em conluio, decidem que o Desembargador nomeará a esposa do Governador, que, por seu turno, nomeará o sobrinho do Conselheiro do TCE, que, por sua vez, nomeará o neto do Desembargador”.

Sendo sucessivas as nomeações, não se enquadrariam nas hipóteses do que dispõe a súmula vinculante ora em comento, mesmo havendo conluio, pois pela “interpretação literal da Súmula Vinculante 13, por si só, nada pode fazer”.<sup>1051</sup>

Assim, se o intento do STF foi, pela SV n.13, moralizar a Administração Pública, não logrou êxito, já que, além de radicalizar por um lado, por outro, sua redação deixou à margem várias outras situações imorais.<sup>1052</sup>

#### 4.3 Consequências de seu sentido e alcance.

##### 4.3.1 Reclamação n. 6838/DF

Logo após a edição da SV n.13, o então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, ingressou com a Reclamação n. 6838,<sup>1053</sup> com pedido de liminar, ao Supremo Tribunal Federal, em face do Enunciado n. 13 do

---

<sup>1050</sup> ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa e ORTIZ, Laudson Cruz, *Súmula Vinculante 13 e o combate ao nepotismo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCl, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, p. 119.

<sup>1051</sup> *Ibidem*, p.118.

<sup>1052</sup> A súmula vinculante é tão genérica e abstrata quanto uma lei. E como norma genérica ela não consegue prever todos os casos possíveis de ocorrer no comércio cotidiano da vida. Por sua própria natureza é impotente para fornecer, por si só, todas as soluções reclamadas pela ordem jurídica (Lima, 1955:95), não se podendo exigir do STF (no caso das SV's) ou do legislador (no caso da lei) uma inatingível onisciência. Afirma-se, com frequência, como ensina Lumia (2003:86-87), que a completude e a coerência são características essenciais do ordenamento jurídico, mas a realidade é bem diferente, porque nem sempre o discurso do legislador é imune às contradições, nem a previsão normativa pode exaurir a casuística que a experiência, ou seja, a própria vida na multiplicidade das suas dimensões “inventa” em um processo sempre aberto e imprevisível. Afirmar o contrário seria como fechar os olhos diante da realidade do direito em nome de um ideal que é próprio de certa ideologia juspositivista, mas que se procuraria em vão realizar em qualquer ordenamento historicamente existente. No mais, o próprio legislador não ignora essa realidade, no momento em que dita as diretivas para dirimir, de fato, os conflitos de normas e para preencher as lacunas do ordenamento. Sempre haverá, diz Hart (2009, p. 351), em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. O instituto da SV não tem força orgânica ou elasticidade ilimitada para abranger todos os casos concretos. O próprio constituinte derivado, sabedor dessa incompletude lógica da lei ou da norma escrita, ao atribuir ao STF o poder de editar SV's, facultou-lhe a possibilidade de “proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (CF, art. 103-A, caput). A faculdade de revisão da SV é, claramente, o reconhecimento de que o entendimento sumular vinculante não abarca todas as situações concretas da vida. RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 224.

<sup>1053</sup> Em 21.10.2008.

Senado, que dispôs sobre o nepotismo de forma diversa do explicitado pela Súmula Vinculante n. 13.<sup>1054</sup>

Contudo, a mesma foi julgada como prejudicada<sup>1055</sup> em razão da revogação do ato impugnado pelo Ato n. 49 da Mesa do Senado.<sup>1056</sup>

Mas tendo em vista que o Procurador-Geral da República dispôs no parecer da Reclamação que eram “múltiplas as situações” que podiam “provocar dúvidas ao aplicar-se do enunciado da Súmula Vinculante n. 13” sendo imprescindível a realização

---

<sup>1054</sup> “DECISÃO DA COMISSÃO DIRETORA. Decide aprovar o Enunciado nº 13 da Advocacia do Senado Federal, editado com base no Ato da Comissão Diretora nº 7, de 2008, considerando a relevância e a repercussão da matéria e a necessidade de que seus efeitos sejam estendidos aos órgãos administrativos, bem como aos gabinetes parlamentares desta Casa Legislativa. A COMISSÃO DIRETORA DO SENADO FEDERAL, no uso de suas competências regimentais e considerando a relevância e a repercussão da matéria, bem como a necessidade de que seus efeitos sejam estendidos não só aos órgãos administrativos, mas também aos gabinetes parlamentares desta Casa Legislativa, RESOLVE: Art. 1º. Fica aprovado o Enunciado nº 13 da Advocacia do Senado Federal, anexo a esta Decisão. Art. 2º. O Enunciado de que trata esta Decisão terá efeito normativo e será aplicável a todos os órgãos administrativos e aos gabinetes parlamentares do Senado Federal. Art. 3º. A Advocacia do Senado disponibilizará a todos os gabinetes e aos órgãos administrativos o texto do Enunciado nº 13. Art. 4º. Este Ato entra em vigor na data de sua publicação. Sala da Comissão Diretora, em 14 de outubro de 2008. Garibaldi Alves Filho - Alvaro Dias - Efraim Moraes - Gerson Camata - César Borges - Magno Malta - Papaléo Paes - Flexa Ribeiro. ENUNCIADO Nº 13 Para a aplicação da Súmula Vinculante nº 13 do STF, no âmbito do Senado Federal, observar-se-ão as seguintes orientações da Advocacia do Senado Federal: I) é vedado o exercício de cargo em comissão por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos Senadores e dos servidores investidos em cargos em comissão ou funções comissionadas de direção, chefia ou assessoramento representados pelos símbolos FC-8, FC-9 e FC-10, que teriam presumidamente, por força da Súmula nº 13, o poder de influenciar na respectiva nomeação; II) a vedação para a nomeação de parentes por afinidade, na linha colateral, limita-se aos irmãos do cônjuge ou companheiro por força do que dispõe o § 1º do art. 1.595 do Código Civil Brasileiro, conforme entendimento constante do Parecer nº 221/2008-ADVOSF; III) a proibição contida na Súmula Vinculante nº 13 não alcança os servidores ocupantes de cargos efetivos do Senado Federal, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou a designação para cargo ou função de confiança de parentes até o 2º grau, na linha reta ou colateral, inclusive por afinidade, para servir sob a chefia imediata de Senador ou servidor investido em cargo ou função de direção, chefia ou assessoramento, conforme o disposto no inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112/90; III) a proibição contida na Súmula Vinculante nº 13 não alcança os servidores ocupantes de cargos efetivos do Senado Federal, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou a designação para cargo ou função de confiança de parentes até o 2º grau, na linha reta ou colateral, inclusive por afinidade, para servir sob a chefia imediata de Senador ou servidor investido em cargo ou função de direção, chefia ou assessoramento, conforme o disposto no inciso VIII do art. 117 da Lei nº 8.112/90; IV) a proibição constante da Súmula Vinculante nº 13 também não abrange o cônjuge, companheiro ou parente nomeado em data anterior ao ingresso do Senador ou ao exercício do cargo em comissão pelo servidor gerador da incompatibilidade, nem aqueles cuja união estável ou casamento houver ocorrido posteriormente ao exercício dos respectivos cargos ou funções, vedada, em qualquer caso, a subordinação a que se refere o item III; V) o vínculo conjugal ou de parentesco com Senador ou servidor investido em cargo ou função de direção, chefia ou assessoramento já falecidos ou aposentados não gera a incompatibilidade de que trata a Súmula Vinculante nº 13; VI) é vedado o ajuste de nomeações recíprocas para o exercício de cargos em comissão ou funções comissionadas por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos Senadores e dos servidores investidos em cargos ou funções de direção, chefia ou de assessoramento; VII) a exoneração motivada pela aplicação da Súmula nº 13 vincula o respectivo ato administrativo, impondo-se a observância do devido processo legal, assegurados o contraditório e a ampla defesa, antes que se ultime a exoneração; VIII) o nomeado ou designado para cargo em comissão deverá declarar por escrito que não tem relação familiar ou de parentesco que importe prática de nepotismo vedada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF, observadas as orientações contidas neste Enunciado.”

<sup>1055</sup> Em 15.06.09, por intermédio de Despacho monocrático do Relator, Ministro Cezar Peluso.

<sup>1056</sup> REVOGA DECISÃO DA COMISSÃO DIRETORA -ATO DO PRESIDENTE Nº 49, de 2008 O PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL, no uso de suas atribuições regimentais e regulamentares, e considerando os termos da RECLAMAÇÃO nº 6838, protocolada pelo Senhor Procurador-Geral da República no Supremo Tribunal Federal, RESOLVE "ad referendum" da Comissão Diretora, DECIDE REVOGAR a Decisão da Comissão Diretora publicada no Boletim Administrativo de Pessoal nº 4072, de 15 de outubro de 2008, que aprovou o Enunciado nº 13, da Advocacia do Senado Federal. Senado Federal, 21 de outubro de 2008. Senador Garibaldi Alves Filho, Presidente do Senado Federal.



de explicações sobre os elementos da mesma, o que contribuiria “de modo significativo para aprimorar a concretização dos comandos nela inseridos”<sup>1057</sup> faz-se necessário analisa-lo de modo pormenorizado, pois dele se extrai as falhas dispostas no enunciado da SV n.13, anteriormente tratadas.

Assim, o PGR, embora afirme em seu parecer que “desde o início de nossa história política, o nepotismo é fruto da renitente e odiosa confusão entre as esferas pública e privada, tendo reflexos mais acentuados na República, sobretudo quando o poder proveniente desta *res publica* é exercido pelo povo” sendo “um fardo a ancorar a efetividade da construção concreta da democracia no país”,<sup>1058</sup> aponta dúvidas acerca da redação do enunciado sumular.

Nesse diapasão suscita sobre a possibilidade de os servidores efetivos serem designados para o exercício de função ou cargo em comissão, desde que não haja vínculo hierárquico direto entre os parentes;<sup>1059</sup> ressalta que se faz necessário delimitar o âmbito de abrangência da proibição, que deve ser o órgão ou a entidade pública a qual pertença a autoridade nomeante ou contratante;<sup>1060</sup> que a proibição sumular não deve aplicada a aqueles casos de chefia e assessoramento em que o servidor não detém poder de decisão ou posição hierárquica imediatamente superior à do servidor com quem tenha parentesco<sup>1061</sup> e, ao alegar que é indispensável deixar claro que estão

---

<sup>1057</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação. *Rcl* n. 6838/DF. **Relator, Ministro Cezar Peluso, julgada em 15.06.09 e publicada no** DJe-116 de 24/06/2009. Texto do parecer do PGR fl 175/184. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/>. Acesso em: 03.03.14

<sup>1058</sup> Trecho do Parecer do PGR na *Rcl* n. 6838/DF. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/>.

<sup>1059</sup> “O entendimento de se adotar interpretação uniforme para a aplicação do enunciado da Súmula Vinculante n. 13 em relação ao servidor que ingressou no servidor público mediante concurso público e por isso é titular de cargo efetivo e nessa condição foi designado para o exercício de função de confiança ‘ou função gratificada’, cujo o exercício é exclusivo por servidores ocupantes de cargo efetivo (...), ou de cargo em comissão, que deve ser ocupado prioritariamente por servidores de carreira, na hipótese de a respectiva função de confiança ou o respectivo cargo em comissão guardar compatibilidade com o cargo efetivo de que o servidor é titular e ausente o vínculo hierárquico direto com o eventual parente integrante da Administração Pública, em relação ao servidor que não é titular do cargo efetivo e foi designado para ocupar cargo em comissão, desprezando a flagrante diversidade fática e jurídica no que se refere ao ingresso de cada um no serviço público, merece detida reflexão e reclama esclarecimento dessa Corte Suprema, pois a aplicação uniforme e linear do enunciado às duas situações pode albergar hipóteses que se afastam do conceito de nepotismo.” Trecho do Parecer do PGR na *Rcl* n. 6838/DF. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/>.

<sup>1060</sup> “A expressão ‘na mesma pessoa jurídica’ como o ente federal em sua totalidade (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) tem gerado assimetria horizontes e verticais na aplicação do enunciado da Súmula Vinculante a alcançar situações que substancialmente não configuram nepotismo. Se a expressão *órgão* é insuficiente para combater eficazmente situações de nepotismo, a identificação da expressão mesma pessoa jurídica como ente federal em sua totalidade, tem potencial de identificar como ilegítimas situações que não estão maculadas pelo vício em questão. A delimitação considerando os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e mesmo o órgão autônomo, Ministério Público, compreendendo-se em conjunto ou individualmente os entes federados é uma das alternativas para que se possa superar a insuficiência ou o excesso das interpretações aventadas. Trecho do Parecer do PGR na *Rcl* n. 6838/DF. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/>.

<sup>1061</sup> “O tratamento uniforme e linear do enunciado quando a suposta situação funcional vedada decorre de parentesco ou de matrimônio com ocupante de função de confiança ou de cargo em comissão com atribuições de direção ou de chefia ou de assessoramento. (...) Se é incontroversa a caracterização da situação de nepotismo quando um dos servidores tem atribuições de direção, que compreende o poder de decisão, o mesmo não se pode dizer quando se

compreendidas todas as formas legais do vínculo familiar, natural ou civil, em linha reta, colateral ou por afinidade, nos termos do Código Civil, lembra que a relação de parentesco, ocorrida após a ocupação do cargo ou função, não caracteriza nepotismo.<sup>1062</sup>

Assim, o PGR afirma que, mesmo que a revogação do ato questionado tenha gerado a perda do objeto da reclamação:

“ (...) a situação veiculada na reclamação, pela sua novidade e pela sua ampla repercussão no serviço público em geral, transcende os limites do ato normativo questionado, visto que é do conhecimento público, que o enunciado da Súmula Vinculante n. 13, não apenas no Senado Federal, mas também em todas as esferas do poder público, tem recebido interpretação divergente e motivado, por isso mesmo, sua aplicação de modo não uniforme, situação que está a reclamar uma deliberação dessa Suprema Corte, que é a única com autoridade para delimitar seu preciso alcance.”<sup>1063</sup>

Assim, tendo em vista o fato de que “não se pode querer aplicar a Súmula vinculante 13 em sua literalidade, pois isso poderia gerar equívocos os quais poriam em risco o caráter sem jaça dos princípios constitucionais”,<sup>1064</sup> o PGR asseverou em seu parecer que “se o enunciado da Súmula Vinculante pode ser editado de ofício (...), modo pelo qual também, pode-se verificar a sua eventual revisão, ou até mesmo, o seu cancelamento, nada impede que essa Corte Suprema defina, de ofício, a sua precisa compreensão.”<sup>1065</sup>

E, então conclui que, como “lhe compete atuar no sentido de impedir a persistência de práticas que agridem o enunciado da Súmula Vinculante n. 13, é fundamental que o Ministério Público tenha conhecimento dos parâmetros precisos de sua compreensão para que possa exercer com segurança as atribuições” e requereu, “independente do não conhecimento da Reclamação”, que o STF se pronunciasse sobre a SV n13.

---

trata de chefia, que normalmente encerra atribuições circunscritas a departamentos burocráticos, quase sempre subordinados a órgãos de direção, ou exerce funções de assessoramento logicamente desprovidas de conteúdo deliberativo. A dúvida se instala porque alguns sustentam que na configuração da situação de nepotismo não pode ser irrelevante, em relação a um servidor, a presença do poder de decidir ou a capacidade de influenciar de modo contundente a prática de um ato direcionado à investidura em função de confiança ou em cargo em comissão”. Trecho do Parecer do PGR na *Rcl n. 6838/DF*. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/>.

<sup>1062</sup> “As situações lícitamente pré-constituídas e os eventuais impedimentos supervenientes, de que o casamento subsequente é um dos exemplos a despeito de não explicitadas na Súmula Vinculante, parecem encontrar conforto numa compreensão teleológica do enunciado em questão, bem como dos seus precedentes, circunstância que justifica um pronunciamento capaz de afastar eventual dúvida. Também merece explicitação a eventual relevância da existência de vínculo conjugal ou parentesco com membro de poder ou autoridades já aposentados.” Trecho do Parecer do PGR na *Rcl n. 6838/DF*. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/>.

<sup>1063</sup> Trecho do Parecer do PGR na *Rcl n. 6838/DF*. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/>.

<sup>1064</sup> OLIVEIRA, George Felício Gomes. Da análise da Súmula vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal: alcance, precedentes e motivos determinantes da norma que veda a prática do nepotismo no Brasil. *Revista dos Tribunais* – RT, ano 98, v. 890, dez.2009, p.9-32. p.31

<sup>1065</sup> Trecho do Parecer do PGR na *Rcl n. 6838/DF*. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/>.

Então, o Ministro Cezar Peluso considerou a necessidade de se definir claramente os limites da vedação ao nepotismo no âmbito da Administração Pública e se pronunciou pela definição, pela Corte, de ofício, quanto à “precisa compreensão do enunciado da Súmula Vinculante”.<sup>1066</sup>

E ao ser noticiado na mídia que o então presidente do STF Cezar Peluso, o mesmo que deu ensejo à SV n.13, teria nomeado um casal para cargos comissionados no STF, o próprio tribunal divulgou, em 23 de junho de 2010, que:

As justas e fundadas ponderações de então Procurador-Geral da República, dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, sobre dúvidas suscitadas pelo texto da referida Súmula, nos autos da Reclamação n. 6838, não puderam na ocasião ser ali conhecidas porque, diante da revogação do ato que a provocara, o processo ficou prejudicado e, em consequência, teve de ser extinto sem a apreciação do mérito. Para atender tais ponderações e propósitos, igualmente manifestados por alguns Ministros da Corte, bem como para evitar absurdos que a interpretação superficial e desavisada da Súmula pode ensejar, o Presidente do STF está encaminhando os senhores Ministros proposta fundamentada de revisão da redação da mesma Súmula, para restringi-la aos casos verdadeiros de nepotismo, proibidos pela Constituição da República. O teor da proposta será levado ao conhecimento da imprensa e do público, após a apreciação dos Senhores Ministros.<sup>1067</sup>

Todavia, até o atual momento nada aconteceu, embora além da Procuradoria da República, também tenha se manifestado concretamente sobre a SV n.13, o Poder Executivo federal, que publicou o Decreto Presidencial n. 6.906, de 21 de julho de 2009, por meio do qual estabeleceu a obrigatoriedade de prestação de informações sobre vínculos familiares pelos Ministro de Estado, ocupante de cargo de natureza especial, e ocupante de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores,<sup>1068</sup> a fim de, preliminarmente, “mapear” a ocorrência do nepotismo em seu âmbito, como

---

<sup>1066</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação. *Rcl n. 6838/DF. Relator, Ministro Cezar Peluso, julgada em 15.06.09 e publicada no* DJe-116 de 24/06/2009. Item 3 da decisão monocrática proferida. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 31.07.13.

<sup>1067</sup> FILHO, João Pereira de Andrade. *A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública*. Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 143.

<sup>1068</sup> Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração acerca da existência de vínculo matrimonial, de companheirismo ou de parentesco consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, conforme disposto no Anexo I, com ocupantes de cargos em comissão ou funções de confiança no âmbito do Poder Executivo federal, pelos agentes públicos a seguir indicados, que se encontrem em exercício na data de publicação deste Decreto: I - Ministro de Estado; II - ocupante de cargo de natureza especial; e III - ocupante de cargo do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores. Parágrafo único. A declaração referida no **caput** deverá incluir também informação sobre a existência de vínculo matrimonial, de companheirismo ou de parentesco consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, com estagiário, terceirizado ou consultor contratado por organismo internacional que prestem serviços para o órgão ou entidade da administração pública direta, autárquica ou fundacional onde o agente exerce atividade.

disposição legal prévia e necessária a viabilizar posterior ato do chefe do poder executivo a delimitar a questão no respectivo âmbito.<sup>1069</sup>

#### 4.3.2 Decreto Presidencial n. 7.203/10

Diante do resultado quanto à ocorrência do nepotismo nos diversos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, foi publicado o Decreto Presidencial n. 7.203/10, que determina a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal.<sup>1070</sup> Assim, tal normativa uniformizou a proibição da prática do nepotismo nos órgãos e entidades do poder executivo federal e, embora contenha disposições de alcance mais restrito que da Súmula Vinculante n. 13 do STF, apresenta normas mais detalhadas que esta, pois não só veda, mas também especifica as condutas proibidas, os procedimentos a serem tomados e as exceções.

Em seu artigo 2º estabelece a configuração do parentesco<sup>1071</sup>, conforme disposto na Súmula Vinculante nº 13, o que significa que no Poder Executivo Federal, a vedação do nepotismo, em comparação com o disposto pelo artigo 117, VIII, da Lei nº 8.112/90, foi ampliada, abarcando também os tios e sobrinhos que figuram na linha colateral consanguínea, de terceiro grau.

Ainda, algumas das disposições do Decreto vieram a “explicar” os dispositivos da Súmula, como o artigo 3º, que além de esclarecer que a “autoridade nomeante” disposta na Súmula Vinculante é o “Ministro de Estado ou autoridade administrativa correspondente”, também explanou que “pessoa jurídica” é “cada órgão ou entidade” e, ainda, veda o nepotismo aos parentes do Presidente e Vice-Presidente, qualificando, diferentemente da SV n.13, o nepotismo pelos agentes políticos não só nomeados mas também eleitos.<sup>1072</sup>

Outrossim, o Decreto dispõe neste mesmo artigo 3º que é nepotismo não só a nomeação de familiares em cargos ou funções de confiança, mas também sua

---

<sup>1069</sup> E, ainda, determinou, no seu artigo 3º, a análise das declarações pela Controladoria-Geral da União – CGU, visando a identificar os possíveis casos de nepotismo e posterior adoção de medidas, nos termos de ato normativo a ser editado pelo Poder Executivo Federal.

<sup>1070</sup> BRASIL, Decreto n. 7.203, de 04.06.2010, que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: [www.in.gov.br](http://www.in.gov.br).

“Art. 1º A vedação do nepotismo no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta observará o disposto neste Decreto”.

<sup>1071</sup> “Art. 2º Para os fins deste Decreto considera-se: (...) III - familiar: o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau”.

<sup>1072</sup> “Art. 3º No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para: (...)§ 2º As vedações deste artigo estendem-se aos familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal”.

contratação: na modalidade de contratação temporária direta; estágio, sem processo seletivo e, ainda, contratação direta de empresa que seja de titularidade de parente do servidor público.<sup>1073</sup>

Observa-se que todas as disposições são pertinentes às contratações diretas, ou seja, aquelas não precedidas de processo seletivo, tendo em vista que só nesta modalidade é possível haver a “indicação”, o “favoritismo” e é isto que o Decreto veio a proibir.

E pelo § 1º do artigo 3º veda qualquer ato que caracterize ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, no mesmo ensejo da Súmula, ao dispor sobre “designações recíprocas”, proibindo, portanto, o designado “nepotismo cruzado”.<sup>1074</sup>

Amiúde, o Decreto também estabelece no seu artigo 4º as exceções<sup>1075</sup> quanto aos casos de nepotismo, particularizando situações que não o configuram, tratando cada caso de acordo com sua especificidade, acertada e diferentemente da Súmula Vinculante em questão, pois após estudo prático dos casos concretos, levantados a partir do Decreto nº 6.906/90, por meio do qual pode mapear todos os casos de suposto nepotismo no âmbito da Administração Pública, é que Poder Executivo Federal excepcionou situações que não configuram nepotismo.

Pela primeira vez, desde à disposição Lei nº 8.112/90, também trouxe no seu artigo 5º determinações quanto ao procedimento apuratório<sup>1076</sup> e, ainda, pelo seu artigo

---

<sup>1073</sup> Art. 3º No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de (...) para: (...)I - cargo em comissão ou função de confiança;II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; eIII - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes. (...)§ 3º É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.

<sup>1074</sup> “(...)§ 1º Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal”.

<sup>1075</sup> “Art. 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:

I - de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes, inclusive aposentados, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado;II - de pessoa, ainda que sem vinculação funcional com a administração pública, para a ocupação de cargo em comissão de nível hierárquico mais alto que o do agente público referido no art. 3º;

III - realizadas anteriormente ao início do vínculo familiar entre o agente público e o nomeado, designado ou contratado, desde que não se caracterize ajuste prévio para burlar a vedação do nepotismo; ou IV - de pessoa já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar com o agente público, para cargo, função ou emprego de nível hierárquico igual ou mais baixo que o anteriormente ocupado”.

<sup>1076</sup> “Art. 5º Cabe aos titulares dos órgãos e entidades da administração pública federal exonerar ou dispensar agente público em situação de nepotismo, de que tenham conhecimento, ou requerer igual providência à autoridade encarregada de nomear, designar ou contratar, sob pena de responsabilidade.Parágrafo único. Cabe à Controladoria-Geral da União notificar os casos de nepotismo de que tomar conhecimento às autoridades competentes, sem prejuízo

6º explicita a necessidade de apuração dos casos em que o familiar seja “indicado” por agente público para ser contratado por empresa prestadora de serviços terceirizados ou contrato de outra forma não prevista no Decreto, englobando aqui, não só o servidor ocupante de cargo comissionado e a autoridade, mas todos os demais.<sup>1077</sup>

Por fim, visando tratar de maneira específica do assunto, o Decreto, no seu artigo 8º determina à Controladoria-Geral da União,<sup>1078</sup> a competência para dirimir as dúvidas quanto ao tema.<sup>1079</sup>

Diante deste contexto, se observa que a forma como a matéria foi regulada no decreto, veio a explicar e delimitar o disposto anteriormente na SV n.13, comprovando, portanto, que “o desacerto do STF em procurar chamar para si, através da edição de um enunciado de súmula vinculante, a tarefa de regulamentar tema envolto de tantas particularidades”,<sup>1080</sup> provocou “a necessidade de um tratamento mais minudente, detalhado, do tema”, a fim de facilitar a análise do assunto no caso concreto.

#### 4.3.3 Multiplicidade de Reclamações.

Mas o impacto da SV n.13 não parou aí, vez que provocou no próprio STF múltiplos processos, sendo “objeto de interpretações diversas” em julgados que até “estabeleceram exceções à proibição anunciada ou restringiram seus limites”.<sup>1081</sup>

Nesse ensejo, o STF:

(...) assentou em diversos julgados reservar-se a apurar caso a caso situações de abuso e falta de razoabilidade no provimento de cargos políticos<sup>1082</sup>, a apreciar em cada caso eventual nepotismo cruzado e apurar a ausência de qualificação técnica dos nomeados como indicativo de fraude à lei e aos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência na Administração

---

da responsabilidade permanente delas de zelar pelo cumprimento deste Decreto, assim como de apurar situações irregulares, de que tenham conhecimento, nos órgãos e entidades correspondentes”.

<sup>1077</sup> “Art. 6º Serão objeto de apuração específica os casos em que haja indícios de influência dos agentes públicos referidos no art. 3º:I - na nomeação, designação ou contratação de familiares em hipóteses não previstas neste Decreto;II - na contratação de familiares por empresa prestadora de serviço terceirizado ou entidade que desenvolva projeto no âmbito de órgão ou entidade da administração pública federal”. Estes casos não configuram efetivamente nepotismo, mas também são, similarmente, proibidos.

<sup>1078</sup> Órgão do Poder Executivo Federal, vinculado diretamente à Presidência da República, cuja finalidade é garantir a transparência dos atos da Administração Pública Federal, por meio de controle, correição e combate à corrupção.

<sup>1079</sup> “Art. 8º Os casos omissos ou que suscitem dúvidas serão disciplinados e dirimidos pela Controladoria-Geral da União”.

<sup>1080</sup> ANDRADE FILHO, João Pereira Andrade. *A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública*. Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 146.

<sup>1081</sup> MODESTO, Paulo. Nepotismo em cargos político-administrativos, *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 11 – n. 41, abr./jun. 2013, p. 9-52, p.11.

<sup>1082</sup> De outro norte, não se pode olvidar que o próprio STF já criou a exceção em relação aos cargos políticos. (...) se pode verificar é que, de fato, a Súmula Vinculante 13 foi um grande marco, mas seria onírico crer no fim do nepotismo apenas com a edição do referido instrumento pelo STF. ARAKAKI.Allan Thiago Barbosa e ORTIZ, Laudson Cruz, *Súmula Vinculante 13 e o combate ao nepotismo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, abr/jun. 2011, p. 118.

Pública ( STF, Rcl. n. 8625/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, (...) Rcl. n. 6938 MC/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, (...). Trata-se de orientação evidentemente imprópria para uma Suprema Corte, que não deve se ocupar de situações de varejo, do cotidiano da gestão de pessoal da máquina pública, cumprindo-lhe antes, fixar critérios gerais e objetivos de aplicação da Constituição Federal na matéria.<sup>1083</sup>

Desta feita, sua consequência foi tão claramente oposta ao seu objetivo, qual seja, a uniformização das decisões sobre a matéria controvertida, evidenciando sua ineficiência em cumpri-lo concretamente, que o próprio tribunal editor da Súmula passou a rever a sua decisão, ao julgar contrariamente ao seu disposto, diversas reclamações interpostas e, ainda, firmou por meio destas, o entendimento de que cada caso deveria ser analisado de forma individualizada e subjetiva.

Dentre as diversas reclamações,<sup>1084</sup> destaca-se a n. 8.625/MG, onde a Ministra Ellen Gracie, relatora da Rcl. 6650 MC- AgR/PR, julgou diferentemente desta e afirmou que o caso concreto tratado na Rcl. 8.625/MG, de nomeação de parentes do prefeito de Arapoã para os cargos de Secretários Municipais de Finanças, de Saúde, de Obras, Habitação e Infra-estrutura e de trabalho e Ação Social, embora tenha sido excluído da vedação disposta na SV n. 13, devido ao fato de que a “jurisprudência da Corte é no sentido de que as nomeações para cargos políticos não se enquadram, a princípio, nas hipóteses elencadas na súmula ora em exame”, trata de “conduta que evidentemente ofende os princípios da moralidade e razoabilidade” e deve ser apurada no esteio de que “supostos casos de nepotismo deve ser realizada, necessariamente, de acordo com cada caso concreto”.<sup>1085</sup>

A Ministra, afirmando que o caso tratava-se de “situação teratológica, em que foram empossados por livre nomeação, oito parentes para cargo em comissão e de secretário municipal”, “não sendo crível que não exista no Município de Araporã (...) de seis mil quinhentos e vinte e dois habitantes (...) pessoas competentes e capazes para desempenhar tais misteres, além do círculo familiar íntimo de seu prefeito”, deferiu a liminar, sob o fundamento de que seria “temerário o entendimento de que a Súmula Vinculante 13 não se aplicaria a todos os casos que envolvam agentes políticos”, pois entendido com “tamanho largueza” poderia ocasionar “em futuro próximo, o preenchimento da maioria ou até mesmo da totalidade dos cargos de secretário

<sup>1083</sup> MODESTO, Paulo. *Op. cit.*, p. 13.

<sup>1084</sup> “no âmbito do STF se abateu verdadeira cisão acerca da interpretação sobre o alcance da mencionada sumula, cujo os julgamentos houveram por criar regras de exceção que vão dilapidando a norma para situações casuísticas.” PÉRES, Taynah Litaiff Ispier Abrahim Carpinteiro, SILVA, Adriana Carla de Souza. Súmula Vinculante n. 13: a “estrada dos tijolos amarelos” do funcionalismo público brasileiro. Revista jus navegandi. 10/2012

<sup>1085</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Reclamação. Rcl. n. 8625/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Jug. 31.05.10 e publicada no Dje 84, de 08.06.10. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 06.01.15.

municipal por parentes de prefeitos” e que esse não era “o espírito da jurisprudência” do STF que o levou “a editar a Súmula Vinculante 13”.

Nesse ensejo, ao alegar que ao STF, guardião “maior dos princípios e valores da Constituição” e a quem compete a “nobre missão de dizer o direito em sua última e derradeira acepção”, não poderia “se omitir diante de situações absurdas como a presente de império do nepotismo, prática repulsiva, reiterada eleição após eleição” asseverou que a ele cabia “coibir esses exageros”, balizado pelo bom senso, tratando “caso a caso, com o objetivo de evitar injustiças e ingerências desproporcionais em relação à livre nomeação para cargos de natureza política”.<sup>1086</sup>

Ainda, na Rcl. n. 6938 MC/MG,<sup>1087</sup> a Relatora, Ministra Carmen Lúcia, que também participou da edição da SV n. 13, concedeu a liminar e determinou o imediato afastamento das pessoas nomeadas para cargos comissionados no Município de Fronteira/MG, aduzindo que:

“ O prefeito nomeou nove parentes de sete vereadores que compõem o Poder Legislativo local para ocupar cargos em comissão de natureza administrativa no Poder Executivo municipal. Portanto, a situação dos interessados parece se subsumir, em princípio, ao que dispõe a Súmula Vinculante n. 13 deste Tribunal(...)”.<sup>1088</sup>

Desta feita, a Ministra, diferentemente do disposto na SV n.13, julgou que havia nepotismo no caso.

Ainda, o Ministro Joaquim Barbosa, considerou “sem justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica, a nomeação de agente ao cargo de Secretário Municipal de Educação” e sob a justificativa de que “os acórdãos proferidos por este Supremo Tribunal Federal no RE n. 579.951 e na Medida Cautelar na Rcl n. 6.650” não poderiam “ser considerados representativos da jurisprudência desta Corte” e tampouco poderiam “ser tomados como reconhecimento definitivo da exceção à Súmula Vinculante n. 13”, pois “a redação do verbete não prevê a exceção mencionada.” Segundo ele, como dependeria “da avaliação colegiada da situação concreta descrita nos autos” a afirmativa se tratar de nepotismo ou não e que ao compulsar o entranhado no processo, constatou que não havia “qualquer justificativa de natureza profissional, curricular ou técnica para a nomeação do parente ao cargo de secretário municipal de

<sup>1086</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Reclamação. Rcl. n. 8625/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Jug. 31.05.10 e publicada no Dje 84, de 08.06.10. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 06.01.15.

<sup>1087</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Reclamação. Rcl. n. 6938/MG, Rel. Min. Carmem Lúcia. Julgada em 22.08.11 e publicada no Dje – 169, de 02.09.11. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 06.01.15

<sup>1088</sup> *Ibidem*, Item 11 do Julgado.



educação” e que tudo indicava que a nomeação impugnada havia recaído sobre “parente do prefeito (...) por essa exclusiva razão”.<sup>1089</sup>

#### 4.4 Considerações Parciais

De tudo o relatado no presente capítulo, pode-se extrair que não houve no caso em voga “decisões reiteradas sobre questão idêntica” sobre a matéria, já sua existência parte da análise das circunstâncias dos casos concretos e, especialmente, dos “critérios utilizados para qualificar juridicamente esses fatos” e, ainda, se baseia no entendimento de que, “os casos devem ser julgados no mesmo sentido, apesar das suas particularidades”, de forma que a interpretação dada a eles também seja “válida como parâmetro de decisão em outros”.<sup>1090</sup>

Aplicando-se este fato a um dos requisitos necessários à elaboração da SV, qual seja, “a existência de reiteradas decisões sobre questão idêntica”,<sup>1091</sup> constata-se que o STF editou a SV n.13 sem observar tal hipótese normativa”.

E que assim, sua redação restou viciada, inconsistente com os seus ditos precedentes, que se por um lado não configuram, quantitativamente, “decisão reiterada”, por outro, também não o são qualitativamente, vez que o STF, ao contrário do que determina a Constituição Federal a autorizar a edição de uma SV, não interpretou “corretamente um conjunto de casos como iguais”.<sup>1092</sup>

Além disso, se observa que a SV n.13 não foi coerente à finalidade do instituto, já que sua redação, da maneira como está escrita, se por um lado, não abarca outras circunstâncias que deveriam ser rechaçadas, por outro, alcança situações em que é, no mínimo, esdrúxulo se pensar em nepotismo, e por isso mesmo, pode-se dizer que seu texto não contribuiu “efetivamente para o fim da desmoralização ou das benesses” pois

---

<sup>1089</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. *Rcl. n. 12.478-MC/DF*, Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 17.02.15.

<sup>1090</sup>MAUÉS, Antônio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.8, jul/set. 2009, p. 86.

<sup>1091</sup>*Ibidem*, *Op. cit.*, p.91. Nesses termos se extrai do magistério doutrinário que: a grande e decisiva crítica que se faz à SV 13 refere-se à sua edição a ‘toque de caixa’, após dois pronunciamentos do STF sobre a matéria numa única Sessão Plenária. Esse procedimento contraria a Constituição que exige a edição de súmulas vinculantes após “reiteradas decisões” (CF, art. 103-A). Assim, muitas questões envolvendo essa matéria complexa não conseguiram ser abarcadas pela SV 13, talvez pela precipitação com que foi aprovada (sem um debate e um estudo aprofundados). (...) A despeito dos propósitos moralizadores que animaram os Ministros do STF na elaboração da Súmula, ela é passível de crítica quanto ao modo como se deu sua aprovação, bem como quanto à forma como foi redigida. No que concerne às circunstâncias em que se deu a aprovação, merece registro que apenas quatro julgados serviram de precedentes ao Verbete, dois deles prolatados numa mesma ocasião, às vésperas da edição da Súmula. RODRIGUES, João Gaspar, RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 225.

<sup>1092</sup>MAUÉS, Antônio Moreira. *Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais*. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.8, jul/set. 2009, p. 86.

pode, em alguns casos, “servir de escudo para situações que deveriam ser afastadas” e, em outros, “impedir o acesso a quem tem capacidade para servir ao país, sem estar afetado pelo mal nefasto do nepotismo, na conceituação dada pela Súmula ora em análise”<sup>1093</sup>.

Desta feita, contrariando a natureza do próprio instituto, a SV n.13 não pode “ser aplicada em seu teor literal” sendo necessário, em diversas situações práticas “a comprovação do elemento anímico”<sup>1094</sup> a configurar o nepotismo.

Mas não só isso, ainda, observa-se que o texto sumular não está de acordo com o princípio da legalidade, não apenas pelo STF ter inobservado o procedimento constitucional e legal de edição da SV n.13, mas também, porque por isso extrapolou sua competência e a finalidade do próprio instituto, editando-o equivocadamente. Explica-se.

O STF, ao editar a SV n.13, na maneira que está redigida, excedeu a sua competência, “exercendo claramente função atípica de legislador, que não o é”.<sup>1095</sup>

Enquanto guardião da Constituição, o STF pode “dizer que o nepotismo constitui, sim, prática ilegítima”, mas “regulamentar a matéria, definindo o que se entende por nepotismo, quem são as autoridades proibidas de nomear, quem se sujeita à vedação, quais as modalidades de parentesco se incluem na proibição, et coetera, não constitui atribuição do STF”.<sup>1096</sup>

O que quer dizer que “a regulamentação da matéria nos termos assinalados não se insere no domínio próprio da função jurisdicional”<sup>1097</sup>, não podendo, o STF, portanto, “em nenhuma circunstância, buscar a celeridade jurisdicional pelos meios que lhe aprouver. Não pode raciocinar em termos de que se o Congresso não faz, faço-o eu,”<sup>1098</sup> pois em Direito, “os fins nunca legitimam os meios e sim estes àqueles”.<sup>1099</sup>

---

<sup>1093</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante n. 13 do STF. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, p. 30-38, maio 2010, p. 30.

<sup>1094</sup> RODRIGUES, *Op. cit.*, p.214.

<sup>1095</sup> CORRÊA, Gustavo Hermont. Princípio da Moralidade ou Eticidade da Administração Pública? *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 6, n.66, jun 2011. p. 63-77, p. 65.

<sup>1096</sup> ANDRADE FILHO, João Pereira. *A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública*. Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, 139.

<sup>1097</sup> *Ibidem*, 139.

<sup>1098</sup> ALEGRE, José Sérgio Monte. Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo), do STF: Decifra-me ou te devoro! *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - ReRE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez, jan, fev. 2009, p. 16.

<sup>1099</sup> Insiste a mais não poder o Min. MARCO AURÉLIO.

Daí se extrai não apenas dúvidas quanto ao seu ativismo judicial, como também quanto a falar de tal forma sobre a matéria, os motivos que o levaram a tanto e, ainda, por súmula vinculante e não por outro instrumento.

Por isto há quem diga que o STF, adotou “circunstâncias definidoras do que seja nepotismo”, bem como abriu exceções a ele, mas que elas “não seriam dotadas de força vinculativa do legislador ordinário, já que não decorrem imprescindivelmente do texto constitucional, mas de uma liberdade de conformação que o STF adotou”.<sup>1100</sup>

E que, como “por força do princípio da separação dos poderes” a escolha é do “legislador ordinário” que “não pode ser substituída pela escolha do Judiciário, ainda que sujeita ao seu controle”, que o que o STF fez foi atuar “verdadeiramente como legislador positivo”.<sup>1101</sup>

Assim, o STF contrariou até seu próprio posicionamento, já assentado em outros julgados, de que:

Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional, atuar na anômala condição de legislador positivo. (...) não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar a atribuição que lhe é inconstitucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação dos poderes.<sup>1102</sup>

Tal questionamento quanto ao disposto na SV n.13 é ainda mais sério, por tratar da matéria que versa, de alta complexidade e, ainda, diretamente vinculada à Administração Pública, que foi então, regulamentada pelo Judiciário, de uma forma, minimamente equivocada, como já se demonstrou, não se figurando:

razoável defender, sob o prisma da legitimidade constitucional, que tema tão delicado – vedação à prática do *Nepotismo* – seja regulado por um ato emanado de um órgão jurisdicional, a quem cabe aplicar as regras de direito previamente existentes, e não ditar referidas regras, com o fim de regular diversas situações jurídicas criadas no âmbito da Administração Pública de todos os órgãos de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário) de todas as entidades federadas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).<sup>1103</sup>

Mesmo que se afirme que o entendimento do STF sobre a aplicação direta do artigo 37 “pode fundamentar sua própria competência para dispor sobre a nomeação de

---

<sup>1100</sup> DIZ, Nelson Nascimento. Nepotismo: súmula Vinculante n. 13. Limitação ao tratamento por lei? *Revista de Direito do Estado- RDE*, ano 3, n.12, out./dez.2008, p. 390.

<sup>1101</sup> *Ibidem*, p. 390.

<sup>1102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRgrE n. 322348/SC*, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12.11.2002, publicado no DJU de 06.12.2002, p. 74.

<sup>1103</sup> ANDRADE FILHO, João Pereira. *A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública*. Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 137.

parentes em outros poderes” ele teria que ter exercido essa competência “a partir da análise das particularidades dos poderes executivo e legislativo, advinda de um conjunto de decisões sobre o tema,”<sup>1104</sup> mas não o fez, como já visto.

E não é só isto, também há questionamento quanto aos motivos que levaram à edição da n.13, que seria “proveniente muito mais de uma escolha política do que estritamente jurídica” pois o STF “ao editar o enunciado vinculante vedando em termos amplíssimos o nepotismo” o que fez foi valorizar “o seu papel no cenário Político Nacional”<sup>1105</sup> e não vinculado à finalidade do instrumento.

Daí também decorre que a súmula vinculante não seria o “instituto adequado para tratar de matéria envolta a tantas peculiaridades e minúcias”, ademais, tendo em vista as “implicações diretas na autonomia administrativa e organizacional do Poder Executivo”, o que reforça “a premissa de que o STF teria agido de maneira ilegítima ao editar o enunciado n. 13”.<sup>1106</sup>

Ainda, a SV “não é, nem pode ser, um instrumento que substitua a lei, como se teme comece a ser pensado face ao que se esboça”<sup>1107</sup> na SV n. 13. O que é vedado quanto ao instrumento, pelo o que dispõe a Constituição Federal e também, quanto à matéria, por decisão do próprio STF que estabeleceu<sup>1108</sup> “que só a lei em sentido formal (...) pode estabelecer requisitos que condicionem o ingresso no serviço público”.<sup>1109</sup>

E, ainda que se alegue que as súmulas vinculantes podem ser instrumento útil para reforçar o direito ao tratamento igual em determinadas situações, não foi isto que ocorreu nesse caso.

Explica-se. Para que este objetivo seja cumprido, “é indispensável que o STF se atenha aos comandos constitucionais, pois a legitimidade do uso do precedente se baseia no direito à igualdade: a norma do caso, formulada na *ratio decidendi*, generaliza-se quando as circunstâncias do outro caso o exigem para que seja dado um

---

<sup>1104</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. *Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais*. Direitos Fundamentais e Justiça. n.8, jul/set. 2009, p. 93.

<sup>1105</sup> ANDRADE FILHO, João Pereira. *A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública*. Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 138.

<sup>1106</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>1107</sup> DIZ, Nelson Nascimento. Nepotismo: súmula Vinculante n. 13. Limitação ao tratamento por lei? *Revista de Direito do Estado- RDE*, ano 3, n.12, out./dez.2008, p. 385-391. P. 391.

<sup>1108</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade, *ADI n.1.188/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, julgada em 23.02.1995 e publicada no DJU de 20.04.1995, p. 9.945. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 05.02.15.

<sup>1109</sup> CABRAL NETO, Cirino Adolfo. A Resolução nº 07/05 do Conselho Nacional de Justiça e seus efeitos na administração pública municipal, *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF- IDAF*, v. 7, n.78, jan. 2007/2008, p. 534.

tratamento igual”<sup>1110</sup> e como foi visto, não é isto que ocorreu ou está a acontecer, o que reforça ainda mais o equívoco do STF em editar a SV n.13.

Ainda, observa-se que a finalidade precípua do efeito vinculante “consiste em coibir a recalcitrância dos demais órgãos e poderes do Estado às decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, especialmente em relação aos atos que tenham por objeto a reprodução substancial de preceito normativo já julgado inconstitucional”<sup>1111</sup> mas não como não se vislumbra essa recalcitrância nos precedentes da Súmula Vinculante n.13, questiona-se a aplicação da SV em detrimento da escolha de outro instrumento que parece, seria mais apropriado ao caso: a súmula de jurisprudência predominante.

Por isso se afirma que “também não é um indiferente jurídico, nem ético, que o STF, ao decidir dois precedentes pontuais, não tenha, *diante da relevância do tema*, sequer editado *súmula de sua jurisprudência predominante*, como lhe permitia e ainda permite o Regimento Interno”.<sup>1112</sup>

Ou ainda, que:

até no âmbito da conveniência, não era para a Súmula ser vinculante, mas de ‘jurisprudência dominante’, o que seria melhor, uma vez que esta assenta a orientação da Corte a respeito de uma matéria específica e assim direciona os demais Colegiados pátrios, bem como os magistrados, quanto às suas decisões, mas não os vincula, sendo, portanto, quanto a este assunto específico, o mais adequado.<sup>1113</sup>

Mas como, mesmo diante de tudo isto, foi editada a SV n.13, o que resta é analisar seu “rigor com cautela, a fim de evitar excessos e injustiças”,<sup>1114</sup> pois assim como o STF deveria “realiza um juízo de igualdade para proferir reiteradas decisões sobre uma matéria, também o juiz (e o administrador), encarregado da aplicação da súmula a novos casos, deve examinar suas características, para concluir se está diante de uma questão igual ou diferente”.<sup>1115</sup>

---

<sup>1110</sup> MAUÉS, Antônio Moreira. *Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais*. Direitos Fundamentais e Justiça. n.8, jul./set. 2009, p. 95.

<sup>1111</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. *O Efeito Vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 181.

<sup>1112</sup> ALEGRE, José Sérgio Monte. *Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo)*, do STF: *Decifra-me ou te devoro!* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - ReRE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez, jan, fev. 2009., p. 11.

<sup>1113</sup> MAUÉS, Antonio Moreira, *Súmula Vinculante e proteção dos direitos fundamentais*. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n.8 – jul./set.2009, p.87.

<sup>1114</sup> BASTOS, Tatiana Quintela de Azeredo. Direitos e deveres na relação homoafetiva: uma discussão a respeito do nepotismo. *Disponível em: revista jus navegandi*. Acesso em: 03. 03.2013.

<sup>1115</sup> MAUÉS, *Op. cit*, p. 87.

Ainda mais quando se tratar dessa SV, pois ao que parece “constitui atitude pouco técnica, e perigosamente tendente a um moralismo que nem sempre leva à verdadeira moralidade – investir de forma indiscriminada e generalizante contra todo e qualquer ato que parece ser nepotismo”.<sup>1116</sup>

Nesse enredo, tendo o STF chamado para si a regulamentação do tema, por meio de Súmula Vinculante, restou também à Administração Pública, considerando “de um lado, as razões de ordem histórica, social e jurídica subjacentes à edição do enunciado da Súmula Vinculante n. 13, e, de outro, as atuais incertezas quanto à respectiva aplicação” reconhecidas pelo próprio STF, enquanto este não se manifesta, “interpretar o enunciado em questão da forma em que melhor compatibilize os princípios da moralidade e da impessoalidade com o princípio da igualdade e da eficiência”, sem se omitir em relação à SV n.13, mas ao mesmo tempo “procurando enfrentar com razoabilidade e proporcionalidade as dificuldades acima referidas”.<sup>1117</sup>

Foi o que o chefe do Poder Executivo Federal procurou fazer por meio do Decreto Presidencial 7.203/10, que delimitou a aplicabilidade do enunciado da SV n.13 no âmbito da administração pública federal de acordo com seus dispositivos.

Ato este que também pode ser feito pelo poder legislativo federal e pelos poderes executivo e legislativo dos outros entes federados (Estados, Municípios e Distrito Federal), pois “é matéria que reclama preferencialmente a edição de lei ou de ato normativo de caráter infralegal, a fim de que se regule a questão, “levando-se em conta as diversas peculiaridades fáticas passíveis de ocorrência nas diversas relações jurídicas gestadas no âmbito da Administração Pública”.<sup>1118</sup>

Contudo, isso poderá suscitar ainda mais conflitos institucionais:

Imagine-se o caso de um Estado da Federação editar Lei regulamentando o regime jurídico de seus servidores públicos. Pense-se que esse mesmo estado-membro, com o escopo de coibir a prática do nepotismo no âmbito de sua Administração Pública, regule a matéria na referida Lei, tratando do tema de modo diverso ao disposto na súmula vinculante nº 13, ao vedar, por exemplo, o nepotismo em termos menos amplos. (...) Poder-se-ia entender que, no caso desse estado-membro, existiriam concomitantemente dois regulamentos normativos distintos acerca da vedação ao nepotismo: previsto na súmula vinculante nº 13 e o outro disposto na Lei Estadual que

<sup>1116</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo: uma reflexão da moralidade e moralismo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n 80, p. 7.

<sup>1117</sup> ESTRELLA, Heron Nunes. Nepotismo. Aplicação da Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, mar/abril 2009, v. 10, n. 54. p. 246-274.

<sup>1118</sup> FILHO, João Pereira de Andrade. *A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública*. Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 141.

define o regime jurídico dos servidores públicos? Não é difícil imaginar o significativo volume de problemas que poderiam advir dessa situação: no campo institucional, ter-se-ia um *status* em que se põe em choque, de um lado, a supremacia de uma determinação judicial de caráter vinculante e, de outro, a autonomia legislativa dos estados-membros”.<sup>1119</sup>

E, por conseguinte:

No campo das questões jurídicas práticas, surgiriam dúvidas diversas envolvendo a situação retratada. Apenas à guisa de ilustração, poder-se-ia imaginar na possibilidade de serem ajuizadas reclamações contra atos administrativos praticados em obediência aos termos da Lei Estadual, mas em desacordo com a súmula vinculante; ou mesmo indagar se a posterior edição da Lei cujo conteúdo seja diverso daquele constante da súmula vinculante teria o condão de revogar ou afastar a aplicação do entendimento do STF.<sup>1120</sup>

Assim se constata que o STF “procedeu ao desdobramento de princípios constitucionais, para além de seu campo de incidência direta, extraindo-lhes efeitos impossíveis de serem sustentados à luz da Dogmática Jurídica” e, nesse esteio, “malgrado a inspiração republicana da Súmula Vinculante n. 13” fez dela, mais um “caso modelar de ativismo judiciário” que, por sua vez, provocou um efeito contrário ao almejado, que seria diminuir as divergências das decisões judiciais e administrativas relacionadas à matéria ventilada, uma vez que “como era previsível que acontecesse, inúmeras dúvidas e questionamentos têm surgido no âmbito da Administração Pública e do Poder Judiciário de todo país, acerca da maneira correta de dar execução às prescrições sumulares”, mesmo porque não é fácil “fixar balizamentos normativos em matéria tão complexa, que há décadas havia desafiando o legislador (competente) brasileiro”.<sup>1121</sup>

Dessa forma, nota-se que “a redação da Súmula Vinculante n. 13 é um grande empecilho à solução do nepotismo na administração pública”, não apenas porque “encerra conceitos, data máxima vênica, equivocados”, com também, porque “cria outros não previstos em lei e despreza situações relevantes e caras à matéria”, não, havendo, portanto, “como aplicar a súmula n. 13 sem a necessidade de se realizar um esforço interpretativo”.<sup>1122</sup>

---

<sup>1119</sup> ANDRADE FILHO, João Pereira de. A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante nº 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública. *Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União* Ministro Victor Nunes Leal. v.3, n. 9, mar./abr. 2011, p. 140.

<sup>1120</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>1121</sup> PA n. 72/2010 de 28.05.10 nos autos do processo nº 18487-185973/2010, p.10. Disponível em: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br). Acesso em: 14.05.14.

<sup>1122</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 10, n.111, mai. 2010, p. 34.

Tudo isto insere, conseqüentemente, a matéria do nepotismo e suas aplicações em “difícil compreensão e extensão, dificultando a orientação aos agentes públicos”<sup>1123</sup> quanto ao fim dessa prática nefasta, sendo necessário, até que sua redação seja revista, que as “situações sejam analisadas com maior profundidade, esclarecendo-se as circunstâncias fáticas de sua constituição.”<sup>1124</sup>

Desta forma, por todos os pontos aqui levantados como críticas negativas à Súmula n. 13, na forma em que está redigida, se evidencia “a inconveniência, a impropriedade e, sobretudo, a ilegitimidade da aprovação da súmula vinculante”<sup>1125</sup> que induz à conclusão de que ela exorbitou a própria normatividade do instituto e que por isto, deve ser revista pelo STF, pois “o esclarecimento completo do verdadeiro sentido e alcance do verbete sumulante somente pode ser dado por seus criadores, quais sejam, os nobres magistrados no Supremo Tribunal Federal,”<sup>1126</sup> nos termos do procedimento estabelecido na Constituição Federal e regulamentado em lei.

O que pode ser realizado não só pela suspensão do seu efeito vinculante, diante do interesse público de solucionar as questões controversas provocadas por ela, como também pela revisão de sua redação, consistente com à sua única *ratio decidendi* - de que a vedação do nepotismo decorre dos princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal e coerente com ela e com a finalidade do próprio instituto, de apaziguar controvérsias.

E como moralizar a administração pública brasileira, “mesmo porque o princípio da moralidade administrativa é princípio constitucional (...) e o povo tem fome de ética,” não quer dizer que o STF pode tudo, pois deve fazê-lo de acordo com o direito, “com a observância da ordem jurídica, mediante medidas e normas razoáveis, constitucionais”.<sup>1127</sup>

Nesse esteio, a solução da questão pode reclamar a ação do Poder Legislativo Federal, nos termos do já disposto no Decreto Presidencial n. 7.203/10, possibilitando, assim, que o poder legislativo de todos os demais entes federados estabeleça, com base no que foi determinado pela lei federal, a respectiva vedação do nepotismo.

---

<sup>1123</sup> CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 10, n.111, mai. 2010, p. 34.

<sup>1124</sup> PA n. 72/2010 de 28.05.10, p.14. Disponível em [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br).

<sup>1125</sup> ANDRADE FILHO. João Pereira de, *Op. cit.*, p. 141.

<sup>1126</sup> ANTONIO, Alice Barroso. *O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº13 do STF: críticas e proposições*. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM. Belo Horizonte, v. 10, n.31, jan/mar 2009, p. 75

<sup>1127</sup> *Idem*, fl. 140.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como arremate desse trabalho, que teve por escopo analisar a Súmula Vinculante n. 13, editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que veda o nepotismo no âmbito das três esferas do Poder Público de todos os entes da Federação, a fim de verificar se o STF, ao realizar a construção judicial e reconstruir a normativa da vedação do nepotismo por meio do citado enunciado vinculante, exorbitou a normatividade do próprio instituto.

Para discutir um pouco mais a fundo sobre o tema, este trabalho se dispôs a verificar se o texto da súmula expôs o que deveria expor - nos termos das normas constitucionais e legais, que regem o verbete vinculante em concordância com seus próprios precedentes e, ainda, quais foram as suas consequências.

Tal enfoque possibilitou que viesse à tona a forma pela qual o STF construiu a noção judicial sobre o nepotismo e sua vedação, quais foram os elementos especificados na redação, a motivação que acarretou a elaboração da SV n.13 e a hermenêutica jurídica utilizada pelo STF, o que viabilizou observar a consistência, coerência e legalidade da mesma.

Diante disso, avalia-se como conveniente destacar os pontos que a pesquisa apontou como sendo os mais relevantes.

De pronto, a pesquisa evidenciou que o nepotismo, quer fruto da esfera eclesiástica, quer praticado pelos governantes, não é uma conduta nova, mas pelo contrário, está ensimesmado na Administração Pública desde o pretérito, como produto viciado de ações viciosas daqueles que detinham o poder e que, sob a perspectiva brasileira, é vício atrelado a um complexo e acabado sistema de preceitos que remonta o patrimonialismo estamental, trazido pelos governantes portugueses ainda no século XVI e assentado no Estado brasileiro por meio das raízes coloniais da solidariedade familiar, em um Estado de influência deletéria dos interesses anti-sociais, criados e alimentados em torno do poder público e que até hoje determinam graves consequências culturais, não só aterradas na Administração Pública, como na própria sociedade.

Enraizado como costume brasileiro, o nepotismo - a força das parentelas se en crustou na cultura governamental do Brasil, ainda no Brasil Império e se alastrou ao Brasil República, sendo, no período da República Velha, largamente aplicado, por meio

do ‘coronelismo’, à parentela que se estendia dos parentes consangüíneos e afins aos apadrinhados.

Assim, se observou a noção jurídica de nepotismo como ato que configura a inversão entre o público e o privado e degrada a esfera administrativa-governamental, caracterizando o Estado como negócio familiar, por meio da nomeação por agente público de seus parentes, em detrimento da dignidade da função pública, mas que detém uma noção, não completamente acabada quanto aos seus limites, da qual decorre mais de espécie de nepotismo.

O estudo mostrou, além disso, que na ANC, dentre os mais diversos assuntos debatidos pelos constituintes, envolvendo tanto o âmbito governamental como o administrativo, esteve presente a necessidade de moralizar o poder público, fincá-lo na moralidade pública e rechaçar os atos de personalismos, costumeiros da prática estatal, dentre eles, o nepotismo, sendo o princípio da moralidade elevado a princípio constitucional, e que ao reger a Administração Pública, submete o administrador público a uma honestidade profissional.

Nesse enredo, a moralidade pública obsta o nepotismo como princípio constitucional e também como aglutinadora dos outros princípios citados ou sendo sensificada por eles, em uma relação simbiótica na previsão e/ou vedação do nepotismo, consagrando-se como o substrato fundamental da esfera administrativa-governamental.

E o nepotismo, por sua vez, ao conflitar com um princípio da administração, viola outro, mesmo que em diversos graus, face à natural interligação que os caracteriza, pois se nutrem e se constituem, respectiva e mutuamente.

Igualmente, o trabalho demonstrou que a construção judicial da vedação do nepotismo foi realizada com base na vinculação do parente nomeado à autoridade nomeante ou servidor ocupante de cargo comissionado, que alcança os servidores ocupantes de cargos efetivos e é limitado ao terceiro grau de parentesco, inclusive afim, e embora alcance até o nepotismo cruzado, não se aplica à nomeação de parente em cargo político.

Contudo, a totalidade dos elementos não foram tratados em todos os precedentes e nos debates. Como foi visto, o STF construiu a noção de vedação ao nepotismo basicamente a partir dos elementos da noção exposta na redação da Resolução do CNJ, objeto do terceiro precedente, dentre eles, a extensão de parentesco -

ratificada na primeira sessão plenária sobre o assunto –acresceu, de acordo com o RE - quarto precedente - a vedação ao nepotismo cruzado e exclui os cargos políticos da incidência do nepotismo e, ainda, seguindo apenas a ADI, seu primeiro precedente, pois incluiu os servidores efetivos sob a incidência da normativa sumular.

Além disso, devido ao debate travado na segunda sessão plenária sobre o assunto, o STF alterou o âmbito físico da vedação do nepotismo, inovando até quanto à redação da Resolução, ao substituir “mesmo órgão”, por “mesma pessoa jurídica” no corpo textual da Súmula.

Desta feita, a SV n.13 foi construída por elementos pinçados pelo STF, aqui e acolá, da forma que entendeu acertada, embora nem de longe lembre a redação de sua “proposta original”.

Por isto, considera-se que os Ministros não chegaram a um resultado eficaz, já que a SV13, da forma que está redigida, é questionável, replicável, criticável, não só por contrariar seu próprio objetivo, como também por não ter se fundamentado em jurisprudência reiterada sobre a matéria e, ainda, por sua redação não ter guardado coerência ou consistência com os seus precedentes.

Inobservado a máxima de que o direito não se interpreta “em tiras, aos pedaços”<sup>1128</sup> o STF, ao editar a SV n.13 na forma em que está redigida, dentre outras consequências equivocadas, não coibiu que parentes da autoridade nomeante pudessem ser nomeados ao cargo é político.

Diante disso, o próprio STF amargou as consequências de sua decisão, vez que, posteriormente à edição do texto sumular, chegaram ao Tribunal diversas Reclamações veiculando situações esdrúxulas, pertinentes à nomeação de parentes pelos prefeitos e governadores dos vários entes federados do Brasil.

Dessa forma, chega-se ao ponto nevrálgico do trabalho, qual seja, o STF, com base apenas na redação da Resolução n.05/07 do CNJ, também problemática, editou a SV n.13, repleta de falhas e equívocos, a fim de obstar o nepotismo no âmbito do Poder Executivo, à moda da proibição daquela ao Poder Judiciário, sem observar qualquer método ou técnica da hermenêutica e assim, extrapolou a normatividade da própria SV, inobservando também os critérios constitucionais e legais de sua edição.

---

<sup>1128</sup> GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.40.

Voltando às lições de Larenz, que dispõe que alteração da situação normativa pode conduzir à modificação, restrição ou extensão do significado da norma prevalecente, motivada por situações diversas, que ensejam um novo entendimento dos critérios teleológico-objetivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, poderia se argumentar que o próprio STF, deveria já ter revisto a SV n.13 ou ao mesmo ter suspenso seu efeito vinculante, como previsto na lei regulamentar do dispositivo constitucional sobre o instituto. Mesmo porque esta alteração não é intempestiva.

Entretanto, como o tribunal permaneceu inerte, tanto o Procurador-Geral da República questionou as falhas da SV n.13, como também o Poder Executivo Federal editou o Decreto n. 7.203/10.

Como à Constituição cabe uma elevada função de estabilização, deve-se ter uma especial atenção quando se cria norma, ainda mais neste caso, de SV, que se trata de decisão judicial, onde o STF, ao contrário do que deveria, não pôs a claro o alcance das ideias expressas, nem delimitou-as separando os fundamentos da base da SV.

Ainda, os Ministros do STF não apartaram, no desenvolvimento do processo de edição da SV n.13, a interpretação da lei da interpretação da concepção jurídica do tribunal, sendo esta de importância decisiva para a edição do texto sumular, em detrimento daquela.

É o que se extrai da própria SV n.13 reduzida a escrito, mas que também demonstra que o seu sentido literal é dissonante do necessário contexto significativo social.

Verificadas as contradições e lacunas da SV n.13 durante toda esta exposição, com base na sua fundamentação – precedentes, se observa que por todos os critérios legais e constitucionais, a SV n.13 mais uma aberração judicial, pois o Supremo Tribunal Federal impôs a SV n.13 a todos os poderes de todos os entes federados, uma nova noção da vedação de nepotismo, construída ao jeito de proposição jurídica, criando-se a aparência de que, desligada da situação de fato resolvida, lhe cabe o caráter de uma regra estabelecida e uniformemente aplicável, mas não é a situação verídica, já que se observou que os casos posteriores a ela continuam a carecer de interpretação.

Nesse contexto, o que se constata é que o STF, inobservado que o assunto – como matéria de grande alcance político-administrativo - deveria ser analisado dentro

de sua “responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento”,<sup>1129</sup> não ponderou as consequências de sua decisão, e diferentemente do que lhe compete, não garantiu a manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado do Direito”,<sup>1130</sup> e, seguindo sua orientação política subjetiva, editou uma SV inconsistente, incoerente, ilegal e até inconstitucional.

Desta feita, até que a questão seja solucionada pelo STF, editor da norma criticada, por meio da revisão da redação da SV n.13 ou da aplicação do artigo 4º da Lei 11.417/06 à mesma, suspendendo seu efeito vinculante, cada um dos poderes dos entes federados poderão elaborar respectivas normativas, a exemplo do Decreto Presidencial n. 7.203/10, a fim de clarear o dispositivo sumular e aparar suas controvérsias, diante das situações fáticas.

Ainda, nada impede que o Congresso Nacional cumpra sua função e no esteio do parecer do Procurador-Geral da República e do Decreto Presidencial supra citado, vede o nepotismo, até que um dia, o país passe por uma mudança cultural extensa, envolvendo todos os segmentos da sociedade, a partir do que se poderá indicar pessoas para o exercício de cargo em comissão, por seus méritos em relação à qualificação requerida para o exercício do cargo, não importando que sejam parentes ou não, e sim que sejam capazes de atuar em prol da sociedade, quando se prescindirá de lei para se moralizar o poder público.

---

<sup>1129</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p 517.

<sup>1130</sup> *Ibidem*, p 517.

## REFERÊNCIAS

### 1-Acadêmicas:

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico Acquaviva*, 3.ed, São Paulo: Rideel, 2009.

ALEGRE, José Sérgio Monte. Súmula Vinculante n. 13 (Nepotismo), do STF: Deciframe ou te devoro! *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - ReRE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 16, dez, jan, fev. 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE FILHO, João Pereira de. A ilegitimidade Constitucional da Súmula Vinculante n. 13 do STF e os limites de atuação da Administração Pública. In: *Revista Publicações da Escola da AGU: Direito, Gestão e Democracia - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal*. v.3, n. 9, p. 131-148, mar./abr. 2011.

AMORA, Luis Armando Saboya. O Nepotismo, o Recurso Extraordinário 579951/RJ e a Súmula Vinculante nº13 do Supremo Tribunal Federal. In: MARIANO, Cynara Monteiro e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis*. Florianópolis: Grupo conceito, 2012, p. 293-306.

ANTONIO. Alice Barroso de. O nepotismo sob a ótica da Súmula Vinculante nº13 do STF: críticas e proposições. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*. Belo Horizonte, v. 10, n.31, p. 61-84, jan/mar 2009.

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa e ORTIZ, Laudson Cruz, Súmula Vinculante 13 e o combate ao nepotismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, Ed. RT. Coordenação Maria Garcia, v. 19, n. 75, abr/jun. 2011, p. 101-121.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. O nepotismo e os princípios da administração pública. In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.117-128.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

ASSIS, Machado. *Quincas Borba*. São Paulo: EDIGRAF, 1889.

AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3º volume – tomo III, arts. 37-43, São Paulo: Saraiva, 1992.

BASTOS, Tatiana Quintela de Azeredo. Direitos e deveres na relação homoafetiva: uma discussão a respeito do nepotismo. Disponível em: *revista jus navegandi*. Acesso em: 03.03.13.

CABRAL NETO, Cirino Adolfo. A Resolução nº 07/05 do Conselho Nacional de Justiça e seus efeitos na administração pública municipal, *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF- IDAF*, v. 7, n.78, p. 531-536, jan. 2007/2008.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19/1998). In: *MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8ª ed., Rio de Janeiro:Ed. Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTI, Felipe Locke. O conselho nacional de justiça e a efetividade dos princípios constitucionais. *Revista do advogado*, v. 32, n. 117, p. 90-97, out. 2012.

CAVALCANTI FILHO, João Trindade e, LAGO, Rodrigo Pires Ferreira, A vedação ao Nepotismo e as Nomeações de Agentes Políticos – Uma análise sobre a Jurisprudência do STF e a Súmula Vinculante STF nº 13. *Revista Síntese Direito Administrativo*. v. 5, n. 58, , p. 93-115, out.2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

COPOLA, Gina. O nepotismo cruzado e a súmula vinculante nº 13, do egrégio supremo tribunal federal. A improbidade administrativa. Jurisprudência sobre o tema. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*, v. 28, n. 07, p. 785-789, jul. 2012.

CORRÊA, Gustavo Hermont, Princípio da Moralidade ou eticidade da Administração Pública? *Revista Síntese – Direito Administrativo*, v. 6, n. 66, p. 63-77, jun. 2011.

CORREIA, Sérvulo. *Noções de Direito Administrativo*. Lisboa, Danúbio, 1982.

CUNHA, Marize Maria Gabriel de Almeida Pereira da. Os males do nepotismo e a solução dada pela Súmula Vinculante nº 13 do STF. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 10, n.111, p.30-38, mai. 2010.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco. 1986.

DIZ, Nelson Nascimento. Nepotismo: Súmula Vinculante nº 13. Limitação ao tratamento por lei? *Revista de Direito do Estado- RDE*, v. 3, n. 12, p. 385-391, out/dez 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002

EMPIROTTI, Gabriele. Nepotismo e Fiscalização: Súmula nº13 e sua eficácia. *Fórum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, v. 13, n. 144, p. 37-49, fev. 2013.

ESTRELLA, Heron Nunes, Nepotismo. Aplicação da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público*. V. 10, n. 54, p. 245-278, mar/abr. 2009.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder - formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERRAZ, Sérgio. *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. . 3ª ed, São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. Princípio da Moralidade Administrativa. In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS FILHO, Roberto Freitas e LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia da Análise de Decisões – MAD*. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p.1-17, jul /dez.2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. I, p. 396/414.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 1ª ed, 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. Nepotismo: Origens e paroxismo. *Revista jurídica, Consulex*, v. 9 n. 200, p.24 -27, 15 maio 2005.

\_\_\_\_\_. Nepotismo, *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, junho.2003, p. 461-463.

\_\_\_\_\_. *Repressão à corrupção no Brasil: entre a realidade e a utopia*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. Nepotismo Político In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.71-98.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. tomo II, 8ª edição, Buenos Aires: FDA, 2006.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HOBBS, Thomas. *O Leviatã*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. Supremo Tribunal Federal e o Nepotismo Top. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. v. 5, n. 26, out/nov. 2008, p. 18-24.

LEAL, Roger Stiefelman. *O Efeito Viculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto – o Município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau, *O Príncipe*, comentado por Napoleão Bonaparte. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os princípios da moralidade pública e da impessoalidade da Administração. *Boletim de Direito Administrativo*, , p. 01-12, janeiro de 1992.

MARTINS. Ricardo Marcondes. Princípio da moralidade administrativa. In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, , p. 319-330, 2008.

MAUÉS, Antônio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.8, p. 81-96, jul/set.2009.

\_\_\_\_\_. *Súmula Vinculante nº 13: a raiz do problema*. Publicado em 01.07.11. Disponível em: [http:// www.oabpa.org.br](http://www.oabpa.org.br)

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed, São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. I.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Nepotismo em cargos político-administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, abr/jun.2013, p. 9-52.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed, São Paulo: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Princípios Informativos e Interpretativos do Direito Administrativo*, in: ARAÚJO, Valter Shuenquener de (coord). *Direito Administrativo em Foco*. Niterói: Ed. Impetus, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da moralidade e o seu controle objetivo. In: ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MUSSETI, Rodrigo Andreotti. O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública. *Revista de Direitos Difusos*. v. 10, dez. 2001

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013

OLIVEIRA, George Felício Gomes de. Da análise da Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal: alcance, precedentes e motivos determinantes da norma que veda a prática do nepotismo no Brasil. *Revista dos Tribunais - RT*, v. 98, n. 890, p. dez. 2009,9-32.

PACHECO, José da Silva. Da extinção do nepotismo da Administração Pública e da Súmula Vinculante do STF para agilizar a eficácia de normas que envolvam matéria constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, v. 25, n. 34, p. 101-113, jan/jun.2009.

PÁDUA, Marsílio, *O defensor da paz*. Tradução e notas José Antônio Camargo Rodrigues de Souza; introdução José Antônio Camargo Rodrigues de Souza, Francisco Berteloni e Gregorio Piaia, Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

PASQUALINI, Paulo Alberto. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007.

PASTORE, Jose. Nepotismo e Profissionalismo, *Revista Jurídica Consulex*, ano 9, n. 200, p. 28.

PEGORER, Mayara Alice Souza. As primeiras damas da improbidade administrativa: do nepotismo à corrupção – Políticas públicas de efetivação dos direitos sociais. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 12, n.141, p.53 -59, nov. 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica Razoável*. 2ª ed, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999

PÉRES, Taynah Litaiff Isper Abraham Carpinteiro, SILVA, Adriana Carla de Souza. Súmula vinculante n. 13: a “estrada dos tijolos amarelos” do funcionalismo público brasileiro. *Revista jus navegandi*. 10/2012

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed, São Paulo: Editora Altas, 2012.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. Controle Judicial do nepotismo: para além da 13ª súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, in:ADRI, Renata Porto, PIRES, Luis Manoel Fonseca, ZOCKUN, Maurício, *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, p.235-252, 2008.

POLITO, André Guilherme. *Michaelis: dicionário escolar italiano: italiano-português, português italiano*, São Paulo: Ed. Melhoramentos, p. 609 e 684, 2007.

POZZO, Antônio Arnaldo Dal. O nepotismo no Poder Executivo. In: *Boletim de Direito Municipal – BDM*, Editora NDJ, v. 24, n. 8, p. 598-599, ago. 2008.

RIBEIRO JUNIOR, José Hortêncio A ilegalidade do nepotismo no poder judiciário – *Revista Jurídica Consulex*, ano IX, nº 200, p. 30.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo: uma reflexão da moralidade e moralismo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n 80, p 10-15.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Zélio Maia. Nepotismo e concurso público. Critério objetivo de ausência de moralidade e impessoalidade na Administração Pública. *Revista jurídica Consulex* v. 12, n. 286, p 40-41, 15 de dezembro 2008.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Os efeitos da resistência a implantação das regras de combate ao nepotismo sobre o papel do judiciário na construção e consolidação do estado democrático de direito. In: Neto, Francisco José Rodrigues de Oliveira. *Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.149-156.

RODRIGUES, João Gaspar. Nepotismo no serviço público brasileiro e a Súmula Vinculante nº 13. In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 260,p. 203-229, maio/ago.2012.

ROSILHO, André Jajácomo. O poder normativo do CNJ e o sistema de justiça brasileiro. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 14. p.37-83.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: Edipro, 2000.

SÃO PAULO. Procuradoria do Estado.PA n. 72/2010 de 28.05.10 nos autos do processo nº 18487-185973/2010, p.10. Disponível em: [www. pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br). Acesso em: 14.05.14.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. , *Metodologia Jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo e Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas/SP, Edicamp, 2001

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Metodologia de Estudo de Precedentes. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 1, out. 2007, p.1-9, Disponível em:<<http://www.idp.org.br/>.

VASCONCELLOS, Telmo da Silva. *O princípio constitucional da moralidade e o nepotismo*. Revista L e C., Brasília, ano 5, n.50, ago 2002, p 27-30.

VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

## 2-Legislativa:

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, DF: Senado, 2013. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5.10.1988.

BRASIL, Decreto n. 7.203, de 4.6.2010, dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7.6.2010.

BRASIL, Decreto n 1.171, que aprova o Código de Ética do servidor público civil do Poder Executivo federal, *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 .06.1994

BRASIL, Lei n. 8.112/90, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19.4.1991 e 18.3.1998.

BRASIL, Lei Complementar n.75, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20.05.1993

BRASIL, Lei n. 9.165, que altera a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19.12.1995.

BRASIL, Lei n. 9.421, que criou a carreira dos servidores do poder judiciário *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24.12.1996.

BRASIL, Lei n° 10.406, de 10.1.2002, institui o Código Civil *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11.1.2002.

BRASIL, Lei n. 11.417, de 19.12.06, regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n° 9.784, de 29.1.1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20.12.2006.

BRASIL, Lei Federal n. 11.416, que revogou a lei que criou a carreira dos servidores do poder judiciário *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15.12.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 13* de 21.8.2008, DJe n. 162 de 29.8.2008 e *Diário Oficial da União*, Brasília, DF 29.8.2008.

BRASIL. Anais da Assembleia Nacional Constituinte - Comissão de Sistematização – Ata da Reunião Solene de entrega do Projeto de Constituição 33ª Reunião Extraordinária, em 24 de novembro de 1987 – Assembleia Nacional Constituinte – Diário - Ano II, sexta-feira, 23 de setembro de 1988, Brasília DF. Disponível em: <http://www.camaradosdeputados.gov.br>.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Resolução n. 7 de 18.10.2005. Publicada e Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Resolução n. 9, de 6.12.2005. Publicada e Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Enunciando n.º 1, 15.12. 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Resolução n. 21, 29.9.2006, Publicada e Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Enunciando n.º 1, 08.09. 2008, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Enunciando n.º 1, 25.04. 2006, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Enunciando n.º 1, 11.04. 2006, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Enunciando n.º 7, 19.06. 2008, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público, Resolução CONAMP n. 1, 7.11 2005.

BRASIL. Senado Federal, Ato n. 7 da Comissão Diretora, publicado no Boletim Administrativo do Pessoal n. 4071-S1, de 14.10.2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

BRASIL.Senado Federal, Enunciado n. 13 da Advocacia Geral do Senado, publicado no Boletim Administrativo do Pessoal n. 4071-S1, de 14.10.2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

BRASIL, Senado Federal Ato n. 49 do Presidente do Senado, publicado no Boletim Administrativo Pessoal do Senado n. 4077, de 22.10.2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>.

BRASIL.Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno de 1980, Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

### 3-Judiciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 1521-4/RS*, julgada em 12.3.97, publicada no DJ de 17.03.2000. Ementário nº 1983-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade, *ADI n.1.188/DF*, julgada em 23.02.1995 e publicada no DJU de 20.04.1995, p. 9.945. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 05.02.15

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade. *ADc n. 12-6/DF*, julgada em 20.8.2008, publicada no DJ n. 237, de 18.12.2009. Ementário n. 2387-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRgrE n. 322348/SC*, julgado em 12.11.2002, publicado no DJU de 06.12.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ata da 21ª sessão plenária ordinária, de 20.8.2008, Dje n. 214/2008 de 12.11.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 314372.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ata da 28ª sessão plenária extraordinária, de 21.8.2008, Dje n. 214/2008, 12.11.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob> o número 314372.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC - ADc n. 12-6/DF, julgada em 16.2.2006, publicada no DJ de 01.9.2006. Ementário n. 2245-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, MS n. 23.780-5/MA, julgada em 28.9.2005, publicada no DJ de 3.3.06. Ementário n. 2223-1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 579.951/RN, julgado em 20.8.2008, publicado no DJ. n. 202, de 24.10.1008, Ementário n. 2338-10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recl. n. 6838/DF, julgada em 15.6.2009, publicada no DJe n. 116, de 24.6.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl 6650 – MC – AgR/PR, publicada no Dje 222, 20.11.2008. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Rcl. n. 12.478-MC/DF, Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Reclamação. Rcl. n. 6938/MG, julgada em 22.08.11 e publicada no Dje – 169, de 02.09.11. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 06.01.15

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Relator Min. Augusto Nardes, Acórdão n. 38/2007, de 31.1.2007, aprovado em 1.2.2007 e publicado no D.O.U de 2.2.2007. Processo: [004.966/2003-4](http://portal2.tcu.gov.br). Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br> Acesso em: 25.03.2013.